

Nº

Rosario,

Y VISTOS: Los presentes autos caratulados **“VILLEGAS DOMINGUEZ LUIS M C/ BERKLEY INTERNATIONAL ART Y OTS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS” EXPTE.1558/2009 CUIJ.21-01655436-4**, de trámite por ante este Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de la 18º Nominación de Rosario, venidos a despacho para el dictado de definitiva.

A fs. 1-5, en fecha 23 de septiembre de 2009, Luis Mariano Villegas DNI Nº31.981.874, con el patrocinio letrado del Dr. Gustavo J. Enz, promueve demanda al efecto interruptivo de prescripción, haciendo reserva de ampliar y/o reformar la misma. Reclama a Berkley International ART SA, SA Mapaci Laboral, Sanatorio Mapaci y Dres. Luciano Verrone, Rodrigo Armas, Carla Bartolucci y Gustavo Pintón, la suma de \$220.000.- como indemnización de los daños generados por la impericia médica que causó su incapacidad determinada en una 36,96%, el daño moral por la imposibilidad de caminar y apoyar el pie derecho por mucho tiempo, desplazarse con muletas, la minusvalía generada y un grave problema psiquiátrico evaluado.

Manifiesta que trabajaba para “Grupo T&T SA” como empleado en el área de informática. Que el 24 de septiembre de 2007 a las 13.30 hs aproximadamente, mientras se encontraba bajando la escalera de acceso se le trabó la zapatilla y cayó por la escalera golpeando su tobillo derecho. Que sufrió un esguince grave que a la larga provocó una serie de problemas y desórdenes físicos de muchísima importancia que determinaron una casi imposibilidad de caminar, dolores permanentes y graves desórdenes mentales orgánicos grado dos.

Explica que a consecuencia del esguince ingresó en el Sanatorio Mapaci SA, prestador médico de Berkley International ART SA con un cuadro traumático en el tobillo. Destaca que el Dr. Luciano Verrone lo atendió en la guardia e inmovilizó la rodilla, y que a su vez vendó el tobillo pidiendo radiografía del mismo y resonancia de rodilla. Que según el profesional no se manifestaba nada más que un esguince leve de tobillo, lo que indicó

hielo y reposo.

Expresa que a la semana, pese a que todavía tenía dolor y no podía movilizar el tobillo, dispuso quitar todo y le refirió a rehabilitación. Manifiesta también que dos meses y medio después proseguía con todos los síntomas que iban empeorando y el mencionado profesional sostenía que era pasajero.

Detalla que en las repetidas visitas lo atendió el Dr. Rodrigo Armas quien trataba la rodilla y también examinó su tobillo. Que dos meses y medio más tarde pidió una resonancia y se diagnosticó ruptura completa de aspecto subagudo a crónico de los ligamentos peroneo astragalino anterior y peroneo calcáneo; ruptura completa de aspecto subagudo a crónico del ligamento tibio astragalina, con pequeño cuerpo libre intraparticular. Que en el informe se expresa que no se logran evidenciar lesiones osteocondriales a nivel del astrágalo pero se identifica discreto edema óseo subcondral en el margen anterior de la tibia, suscribiendo el informe la profesora Dra. Mariela Stur.

Explica que peticionada la cirugía, Berkley International ART rechazó en un primer momento la misma, que luego se remitió carta documento y que finalmente Berkley aceptó la cirugía y se operó en diciembre de 2007.

Manifiesta que lamentable e inexplicablemente no repararon los ligamentos con lo que ignorando por qué, continuó con gravísimos dolores, imposibilidad absoluta de caminar, desplazándose con muletas sin poder trabajar, desórdenes mentales dada su edad, etc. Destaca que un profesional de Berkley dio un alta mencionando que era una patología crónica y que no había solución.

Continúa diciendo que deambuló de médico en médico privado hasta que finalmente el Dr. Antonio Rubí lo examinó, aceptó realizar cirugía, pidió nueva resonancia y ahí advirtió que pese a la operación realizada, seguían rotos los ligamentos, los que no se habían reparado. Detalla que realizó la cirugía y reparó tanto los ligamentos como la cápsula ligamentaria procediéndose más tarde por dos meses a rehabilitación. Que luego lo debió volver a operar atento la aparición de un tumor benigno en el tobillo y nueva

rehabilitación.

Explica por último que le ha quedado una importante incapacidad que ha sido determinada en un porcentaje final de 36,96%. Que sigue con dolores. Que tiene una discapacidad psicológica grado dos estimada en un porcentaje del 20%.

Estima el daño emergente en \$140.000.- y el daño moral en \$80.000.-

Seguidamente se expresa respecto de la causalidad adecuada, de la presunción en favor de la víctima, de la violación del deber de seguridad, la especialidad del médico y la empresa. Todo a lo que me remito en honor a la brevedad.

A fs. 7, en fecha 23 de septiembre de 2009, se dicta el primer decreto de trámite ordinario.

A fs. 8 y 39, en fecha 25 de agosto de 2010, el Dr. Enz acompaña poder especial otorgado por el actor.

A fs. 81, en fecha 1 de septiembre de 2010, comparece el Dr. Guillermo Francisco Sias como apoderado de Berkley International ART SA.

A fs. 87, en fecha 8 de septiembre de 2010, comparece la Dra. María Alejandra Calabrese como apoderada de Carla Analía Bartolucci, Luciano Andrés Verrone y Gustavo Norberto Pintón.

A fs. 90, en fecha 23 de septiembre de 2010, comparece el Dr. Damián Avalle como apoderado de Sanatorio Mapaci SA.

A fs. 109, en fecha 17 de octubre de 2014, se decreta la rebeldía de Rodrigo Armas y SA Sanatorio Mapaci Laboral.

En fecha 6 de noviembre de 2014 se corre traslado de la demanda, conforme lo normado por el art. 398 CPCC (fs. 113).

A fs. 120, en fecha 12 de diciembre de 2012, el Dr. Sias contesta demanda solicitando su rechazo. Niega en particular y en general todos y cada uno de los hechos que no sean expresamente reconocidos en su responde. Impugna toda la prueba de documental por no constarle su autenticidad.

Seguidamente se expresa respecto de su versión de los hechos, aclarando que su conferente abonó al actor la indemnización establecida por normativa. Refiere también a la atribución de responsabilidad de Berkley.

Por último ofrece la prueba de la que habrá de valerse.

A fs. 126, en fecha 26 de febrero de 2015, la Dra. Calabrese, con el patrocinio letrado del Dr. Nicolás Freire, contesta demanda solicitando el rechazo con costas. Niega todos y cada uno de los hechos y el derecho invocados por la actora que no fueren expresamente reconocidos en su contestación.

Seguidamente se expresa respecto de su versión de los hechos, el rechazo de la demanda, y la ausencia de responsabilidad de los médicos demandados. Destaca la incapacidad preexistente de la persona accidentada y su incidencia en la cuantificación del daño.

Por último ofrece la prueba de la que habrá de valerse.

A fs. 148, en fecha 6 de abril de 2015, el Dr. Lisandro Picasso Netri, apoderado del Sanatorio Mapaci SA y de SA Mapaci Laboral, contesta demanda solicitando el rechazo con costas. Niega todos y cada uno de los hechos expuestos en la demanda que no sean objeto de un expreso reconocimiento. Niega la veracidad y validez de toda la documentación acompañada con la demanda en traslado, salvo aquella que fuera reconocida o emanada por su representada.

Seguidamente desarrolla su versión de los hechos. Refiere a las constancias médicas. Realiza consideraciones médico legales. Se expresa respecto de los tipos de lesiones, de partes blandas, mecanismos en acción. Asimismo se expresa respecto de los requisitos para que se configure la responsabilidad civil médica, la relación de la culpa médica con el deber de garantía y obligación tácita de seguridad, la inexistencia de daño imputable a sus representadas.

A continuación impugna los rubros indemnizatorios. Formula reserva, ofrece pruebas y cita en garantía a Noble SA Aseguradora de Responsabilidad Profesional.

En fecha 16 de marzo de 2016 se abre la causa a prueba (fs. 138).

A fs. 163, en fecha 26 de abril de 2016, el Dr. Picasso Netri informa el cambio de denominación de Noble SA Aseguradora de Responsabilidad Profesional a Noble Compañía de Seguros SA.

El Dr. Enz ofrece prueba a fs. 166, el Dr. Picasso Netri a fs. 170, el Dr. Sias a fs. 172, la Dra. Calabrese a fs. 174. La prueba ofrecida por las partes se provee de conformidad (fs. 180).

En autos se produce reconocimiento de documental (fs. 213, 214), prueba testimonial (fs. 213, 230, 231), absolución de posiciones (fs. 220, 229), confesional (fs. 232), pericial médica (fs. 306, 326), e informativa, sin perjuicio de la documental oportunamente acompañada por las partes.

Clausurado el período probatorio (fs. 337), las actuaciones quedan a disposición de las partes para alegar respecto del mérito de la prueba producida (art. 406 CPCC).

El Dr. Enz acompaña alegato a fs. 338. La Dra. Calabrese acompaña alegato a fs. 344. El Dr. Sias acompaña alegato a fs. 346. El Dr. Picasso Netri acompaña alegato a fs. 348. Los mismos se agregan en el día de la fecha.

A fs. 369, en fecha 8 de marzo de 2022, se dicta el llamamiento de autos para sentencia. El que se notifica a fs. 370-374.

A fs. 402 obra dictamen de la Sra. Agente Fiscal.

A fs. 406, en fecha 8 de septiembre de 2022, se decreta: “Con arreglo a las facultades conferidas por el artículo 20 del CPCC, y a los fines de evitar futuras nulidades, se dispone como medida de mejor proveer: cumplimentese en su totalidad con lo ordenado en decreto de fecha 31 de marzo de 2022, intimando al Dr. Sias y al Dr. Avelle a cumplimentar con las leyes 10.244 y 10.727 bajo apercibimientos de ley. Intimando al Dr. Picasso Netri a acompañar las

correspondientes procuras que acrediten la representación respecto de SA Mapaci Laboral y Noble Compañía de Seguros, bajo apercibimientos de ley y a expresarse el referido profesional respecto de la citación en garantía peticionada respecto a Noble Compañía de Seguros”.

Cumplimentados los requisitos formales, solicitado el dictado de sentencia por la actora, y no existiendo escritos sueltos pendientes de agregación según se informa, quedan los presentes en estado de resolver.

Y CONSIDERANDO: Que conforme lo normado por el art. 243 CPCC, “los hechos constitutivos de la litis son los que proceden jurídicamente de la demanda y su contestación y de las peticiones formuladas en ella”. Por consiguiente, corresponde analizar los hechos invocados, las constancias de autos y el derecho aplicable en la especie. (C.C.C. de Santa Fe, sala 1ra., Zeus, Tomo 12, p.R-33).

Que la cuestión litigiosa queda integrada con la contestación de la demanda. "El esquema temático de cuestiones jurídicas propuesto por el actor al promover la demanda, que en definitiva serán objeto litigioso y constituirán el thema decidendum, se completa con la contestación de la demanda, porque sobre las admisiones y negaciones del demandado se determina cuales serán los hechos controvertidos ("cuestión litigiosa") y la forma en que se distribuirá la carga de la prueba." ("La demanda y la defensa en el proceso civil", Víctor De Santo Bs.As., edit. Universitaria, 1981, p.459).

Que de los escritos constitutivos del proceso surge entonces que la actora pretende el resarcimiento del daño y perjuicio consiste en daño material y daño extrapatrimonial con fundamento en supuesta mala praxis médica que atribuye a los Dres. Luciano Verrone, Rodrigo Armas, Carla Bartolucci y Gustavo Pintón.

Por su parte los accionados resisten la pretensión negando los hechos invocados por la actora y alegando principalmente la inexistencia de obrar negligente de los galenos demandados así como la falta de responsabilidad de la aseguradora y de la institución sanatorial accionadas en los hechos descriptos.

Que en primer lugar, resulta necesario recordar que el tribunal interviniente no tiene la obligación de analizar y resolver las cuestiones planteadas por los justiciables en base a la totalidad de argumentos, consideraciones y elementos que los mismos aporten a la causa, bastando a tal fin se pondere los relevantes a los fines de dirimir el thema decidendum. En este sentido, se ha señalado que “los jueces no están obligados a considerar una por una todas las pruebas de la causa, sino sólo aquellas que estimen conducentes para fundar sus conclusiones, como tampoco están constreñidos a tratar minuciosamente todas las cuestiones expuestas por las partes ni analizar los argumentos que a su juicio no posean relevancia. La exigencia constitucional de que los fallos judiciales sean motivados, sólo requiere una fundamentación suficiente, no una fundamentación óptima por lo exhaustiva” (CCyC de Rosario, sala 3, 29/7/2010, “Piancatelli c/ Ryan deGrant”, www.legaldoc.com.ar).

Sentado ello corresponde aclarar que conforme surge de la aplicación de las normas establecidas en el art. 7 del C.C.C de la Nación, las consecuencias de las situaciones jurídicas subsistentes al momento de su entrada en vigencia el pasado 01/08/2015, se rigen por el nuevo ordenamiento Civil y Comercial. Sin perjuicio de destacar que las soluciones propiciadas en su momento por la doctrina y jurisprudencia en la materia encontrándose en vigencia el Código de Velez no difieren sustancialmente de las normas que rigen lo hechos descripto en esta litis en la actualidad

Formuladas dichas aclaraciones, a título de prefacio comenzaré por recordar que la obligación principal del médico o profesional de la salud consiste en prestar al paciente un tratamiento adecuado al estado de la ciencia médica, al momento de la ejecución de la prestación. Deber de medios que cada profesional de la medicina asume, según las circunstancias de la persona, del tiempo y del lugar (artículos 512 y 902 C.C. vigentes al momento de ocurrencia del hecho y consagrado legislativamente en el arts. 1725 y 1768 del C.C.C y) y por el que no son equiparables la obligación exigible a un especialista reconocido y la que recae sobre un médico inexperto —más allá de la exigencia

general de idoneidad por la que el título profesional obliga tanto a uno como al otro—.

En tal sentido y analizando en que consiste la responsabilidad profesional, cabe señalar lo expuesto por el destacado autor Trigo Represas en una de sus tantas obras, que precisa "la responsabilidad civil profesional es aquella en la que pueden incurrir quienes ejercen una determinada profesión, al faltar a los deberes específicos que la misma les impone, o sea, en suma, la que deriva de una infracción típica de ciertos deberes propios de la actividad profesional de que se trate ya que es obvio que quién se desempeña en una profesión debe poseer los correspondientes conocimientos teóricos y prácticos, debidamente actualizados, y obrar con ajuste a ellos y a las reglas y métodos pertinentes con la necesaria diligencia y previsión".(TRIGO REPRESAS, Felix; "Los distintos roles del abogado: apoderado, consultor, patrocinante. Deberes y responsabilidades en cada caso", Revista de Derecho de Daños, 2005-1 "Responsabilidad de los profesionales del Derecho (abogados y escribanos)"; Rubinzal — Culzoni, p. 70.).

Por otra parte, en la jurisprudencia —siguiendo los lineamientos del autor citado— se ha dicho: "la responsabilidad profesional se halla sometida a los mismos principios que la responsabilidad general y se configura cuando quien ejerce una profesión falta a los deberes especiales que ésta le impone, por lo cual cuando el profesional incurre en una omisión de las diligencias correspondientes a la naturaleza de su profesión, ya sea por impericia, negligencia o imprudencia, falta a su obligación y se coloca en la posición de deudor culpable" (Cámara de Apelaciones en lo Civil, Com. y de Minería de Cipolletti- Río Negro, 26/9/2007, "Candiano, Miguel J. y otra c. Montividone, Rubén Á.", LL Patagonia 2007 [diciembre], 1384, AR/JUR/6482/2007).

La Corte de Mendoza sobre el tema dijo: "La responsabilidad civil profesional, es aquella en la que incurren quienes ejercen una determinada profesión, al faltar a los deberes específicos que la misma le impone, por la infracción típica de: a) antijuricidad o ilicitud en un obrar contrario a derecho, a deberes impuestos por el ordenamiento jurídico, cuando la responsabilidad es contractual la antijuricidad resulta de

la transgresión de obligaciones pactadas entre el cliente y el abogado —art. 1197, CCiv.— si es extracontractual, la responsabilidad se configura por violación de la ley en sentido material, arts. 1066 y ss., 1074 y ss, 1109 y ss. y conec., Cciv.(actuales arts. 1710 y 1717), que consagran el deber genérico de no dañar a los demás; b) la existencia de una vinculación causal adecuada entre el proceder del profesional y el perjuicio sufrido por el damnificado; c) necesaria concurrencia de una factor de atribución de responsabilidad, subjetivo u objetivo, que la ley repute apto o idóneo para sindicar en cada caso quién habrá de ser el sujeto responsable." (Sup. Corte de Mendoza, sala 1ª, Expte. nro. 94429 "Mastronardi, Ricardo en J: 143.499/31.144 "B. H., E. c. M. R. A. — DyP- s/ Inc. Casación y su acumulado 95.483 caratulados "Bertona, Hugo E." en J: 31.144/143.499"B. H., E. c. M. R. A. — DyP- s/ Inc. Casación, 10/3/2010, LS 411-009).

En otro han dicho: "A los efectos jurídicos de la responsabilidad médica, será necesario demostrar la culpa o el dolo en la mala praxis a partir de una probada relación de causalidad con el daño ocasionado en los términos de los arts. 901 al 906, CCiv. (actuales 1726 y 1727 C.C.C.).Es decir que ha de haber nexo adecuado de causalidad entre la conducta y el hecho imputado, fundado en la previsibilidad objetiva por las cuales pudieran atribuirse las consecuencias dañosas al autor, en este caso, relacionadas con los deberes de prudencia y conocimiento de su ciencia o profesión (conf. art. 902, Cciv.- actual 1727 C.C.C.). La relación entre el obrar y el resultado han de estar perfectamente determinados, pues ello constituye un presupuesto básico de la responsabilidad civil. A falta de prueba no es dable hablar de antijuricidad en el acto u omisión de la conducta. La responsabilidad termina donde nace o comienza el hecho fortuito". (Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y Minería de la Provincia de San Juan, sala 1ª, autos 17.248 [Nº 20.248-2º Com.] "Recabarren De Algarilla, Rosa c. Asociación De Obras Sociales De San Juan - Ados y Otros - daños y perjuicios", L.S. 85, Fº 121/132).

Por su parte el prestigioso jurista y profesor Alberto J. Bueres sostiene que la "...culpa profesional es la culpa común o corriente emanada, en lo esencial, de los

arts. 512, 902 y 909 (ahora art. 1724 y 1725 C.C.C.). El tipo de comparación será el de un profesional diligente, prudente, que corresponda a la categoría o clase en la cual quepa encuadrar la conducta del deudor en cada caso concreto...".(BUERES, Alberto J.; "La apreciación de la culpa en la responsabilidad de los profesionales", en Revista de Derecho de Daño — N° 8 Daño Profesional, Rubinzal-Culzoni, p. 275; íd., "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial", Bueres (Director) Highton (Coord.), Hamurabi, 1998, T° 2 comentario al art. 512, p. 149 y ss.)

Este criterio básico de culpa profesional es seguido por la doctrina judicial la cual asevera que "...los médicos deben cumplir con los principios y técnicas de su disciplina y aplicar el mayor celo profesional en la atención del enfermo, pues el recto ejercicio de la medicina es incompatible con actitudes superficiales..." (Corte Sup., 6/7/1999 "Schauman de Scaiola, Martha S. c. Prov. de Santa Cruz y otro", "Responsabilidad Civil y Seguro" de La Ley, Año 2000, p. 477). En igual sentido, "...la responsabilidad médica constituye parte especial de la responsabilidad profesional y al igual que ésta se halla sometida a los mismos principios de la responsabilidad en general, siendo erróneo considerar que el médico sólo debe responder en caso de "falta notoria de pericial, grave negligencia o imprudencia, ignorancia inexcusable, grosera inadvertencia, graves errores de diagnósticos y tratamiento..." (Sup. Corte Bs. As., 22/12/1987, "Riveros y Hornos, Miguel y otra c. Echaide, Norberto y otros s/ Daños y Perjuicios", JUBA Civil y comercial B11162, entre otros).

A partir de ello, al médico y a los profesionales auxiliares de la salud (enfermeros, técnicos de laboratorio, etc.) se les debe exigir, en cada caso, una conducta acorde con su calidad profesional en el cumplimiento de sus funciones específicas, la cual debe ser examinada "in concreto", en cada caso en particular teniendo en cuentas las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, conforme fija el art. 512, 902 y 909, Cciv.(actualmente arts. 1724 1725. sigs y conc.)

Como lo señaláramos anteriormente, la obligación del médico es de

medios o de diligencia, donde procura, por ellos, curar al paciente sin garantizar el éxito del trabajo. Esto se debe a que la relación jurídica del paciente con el médico es una locación de servicio: el paciente requiere del servicio que presta el profesional para la realización de una actividad para la que ha sido preparado. Este tipo de relación sólo permite el compromiso del servicio, de la diligencia de poner todos sus esfuerzos, sus conocimientos al servicio de su paciente para obtener el mejor resultado.

También, consideramos que es menester señalar que la naturaleza misma del ministerio del médico lo expone a menudo, a pesar de sus conscientes esfuerzos, no solamente a ver frustrada la curación sino también a ver agravado el estado del enfermo. El buen sentido impide exigirle éxito, pues no está a su alcance prometerlo. Podrán exigírsele los esfuerzos razonables para acertar, pero no prometerlo de antemano.

En definitiva, particularmente la culpa médica se rige por los parámetros establecidos por los arts. 512 y 912, Cciv.,-ahora 1724, 1725 y 1768 C.C.C.- y abarca la impericia, negligencia o imprudencia en el ejercicio de la profesión. En general, la obligación que asume el profesional de la salud es de medios apropiados para lograr la curación poniendo toda su ciencia y prudencia en el tratamiento del enfermo. (BORDA, "Tratado de Derecho Civil Argentino-Contratos", n° 1046; BUERES, "Responsabilidad Civil de los Médicos" p. 130; BUSTAMANTE ALSINA, "Prueba de la culpa médica", LA LEY, 1992-D, 579.).

En torno a la responsabilidad civil de las clínicas, corresponde decir que la mayor parte de las prestaciones médicas se realizan a través de una entidad asistencial pública o privada. Acreditada la existencia de un supuesto de responsabilidad civil por mala praxis de un acto médico ejecutado en un establecimiento asistencial (público o privado) el deber de resarcir se traslada también a dicho ente; y cuando correspondiere responsabilizar tanto al ente asistencial como al médico actuante por mala praxis, se considerará como un supuesto de responsabilidad concurrente, indistinta (cfr. Andorno, Responsabilidad de las clínicas y establecimientos médicos, Id Infojus: DASA960179; de igual modo, Partes:

MARTINEZ, Héctor Alejandro y otros c/ Municipalidad de Rosario Juzgado: Prov. Santa Fe - Rosario - Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual Nro. 2 de Rosario Fecha: 02-05-2012).

Distintas soluciones doctrinarias fundan la responsabilidad del hospital: a) la idea de la obligación tácita de seguridad, a cargo de la entidad asistencial que se obligó a dar atención médica al paciente y cuya violación, producida cuando un médico causa daño por mala praxis, origina una responsabilidad directa; y b) la obligación de una especie de responsabilidad objetiva a cargo de la entidad con base en que al lucrar con la prestación de servicios médicos y asistenciales debe cargar con la consecuencia de la culpa de los profesionales.

Independientemente de la responsabilidad directa del médico, existe la obligación de la clínica, de prestar asistencia médica, la cual lleva implícita una obligación tácita de seguridad de carácter general y accesoria en ciertos contratos que requieren la preservación de las personas de los contratantes contra los daños que puedan originarse en la ejecución del contrato. Y ello es así por cuanto la entidad se obliga a la prestación por medio de su cuerpo profesional y es responsable no solamente de que el servicio se preste sino también que el paciente no sufra daño por deficiencia de la asistencia prometida.

“La responsabilidad por mala praxis de los médicos que intervinieron en una práctica quirúrgica y que siguieron el tratamiento del paciente, encuadra en el art. 1109 del Código Civil, mientras que la responsabilidad del establecimiento asistencial donde fue realizada la intervención, es indirecta y se deduce del sistema general de responsabilidad contractual por el hecho de sus dependientes, basando en un deber implícito de seguridad o garantía a cargo por valerse de la actuación de terceros para el cumplimiento de la prestación. (Cámara 4º de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba “U., M. A. y otro c. Clínica Privada de la Ciudad S.R.L. y otros s/ ordinario – daños y perj. - mala praxis – recurso de apelación • 19/09/2013”)

En lo relativo a la responsabilidad de la ART por una mala praxis médica, la

jurisprudencia especializada sostuvo que ("...") El art. 504 del Cód. Civil dice textualmente "Si en la obligación se hubiere estipulado alguna ventaja en favor de un tercero, este podrá exigir el cumplimiento de la obligación, si la hubiese aceptado y hécholo saber al obligado antes de ser revocada". La responsabilidad de la demandada en autos por los hechos del profesional que contratara para la atención de los trabajadores en virtud del contrato celebrado con la empleadora de la actora encuentra fundamento en las disposiciones del artículo citado. La estipulación a favor de un tercero es al decir de RIPERT-BOULANGER (Derecho Civil, Obligaciones, 1era. parte t. IV nro. 629 Ed. La ley, Buenos Aires, 1965) "un procedimiento técnico que permite a dos personas que celebran un contrato entre ellas hacer nacer un derecho en beneficio de un tercero". En el caso de autos la actora concurre al médico que se les indicara en función de su estado laboral y en virtud del contrato celebrado entre Metrovías y la demandada para la atención médica de sus dependientes. El hecho de que el enfermo llegue al consultorio a través de organismos intermedios que contratan los servicios asistenciales de profesionales médicos y/o clínicas y/o sanatorios no exime al médico de la responsabilidad directa por los actos que realiza. Con respecto a las instituciones intervinientes tendrán una responsabilidad original o derivada según se trate cubriendo los actos de sus dependientes auxiliares de los hechos causados con las cosas o por las cosas y por supuesto por los actos médicos que se desempeñan en aquellos con relación de dependencia o sin ella. La responsabilidad contractual por el hecho de otro tal como señala Acuña Anzorena existiría porque el contratante se vale de la obra o de la actividad ajena para el cumplimiento integral de su obligación y responde por la culpa de sus sustitutos, auxiliares o copartícipes en razón de la irrelevancia jurídica de la sustitución y de la equivalencia de una obligación de garantía de la conducta de los dependientes, subordinados o sustitutos en la ejecución de la prestación o del hecho de las personas que emplea lícitamente en el cumplimiento de la obligación (cf. Bustamante Alsina, "Teoría General de la responsabilidad civil n° 982 a 986)" (CNATr., Sala VI, 30.9.2013, "A., A. L. c. Consolidar A.R.T. S.A. s/accidente - acción civil", Cita Online: AR/JUR/69022/2013).

Asimismo el Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial N° 10 de esta ciudad, al resolver en un caso análogo (“Giménez, Juan Gerardo c. Consolidar ART”, CUIJ21-01397338-2) sostuvo (“...”) la víctima de una equivocada práctica médica puede demandar a quien fuera el encargado o la encargada de brindar la atención médica que produjo el daño, pues considero que entre el trabajador incluido en el ámbito de aplicación de la ley 24,557 damnificado por un accidente de trabajo o una enfermedad profesional que resulte destinatario de prestaciones en especie que prevé el art. 20 de dicha ley y la aseguradora de riesgos del trabajo a la cual su empleador estuviere afiliado, se establece un vínculo de seguridad social, parangonable al que establecen con sus afiliados las obras sociales reguladas por ley 23.660 (véase: Lorenzetti, Ricardo L., “La empresa médica”, Rubinzal Culzoni, p. 92, Santa Fe, 2011; Aroza, José M., “Responsabilidad Civil de las ART en daños causados por mala praxis” DJ-2003-1, 708; Ritto, Graciela, “Daños provocados por servicios de medicina prepaga y aseguradores de riesgos del trabajo”, en Reparación de daños a la persona, Trigo Represas, Félix - Benavente, María L. -directores-, Tomo III, apartado VII, L.L., Buenos Aires 2014) por lo cual el daño sufrido por el trabajador, en su caso, debe ser resarcido tanto si en función de la premisa queda atrapado el organizador del centro asistencial, el ente médico mismo, o bien la aseguradora de riesgos del trabajo que la empleadora había contratado. Ello es así en tanto no existe voluntariedad alguna en la relación que se establece entre el trabajador y la ART sino que, producido el accidente de trabajo, la aseguradora dispone discrecionalmente la modalidad de cumplimiento de las prestaciones en especie a su cargo, estableciendo los prestadores médicos y sanatoriales de los cuales se valdrá a tal fin (Lorenzetti, cit. p. 94). En otras palabras, fácil puede colegirse del sistema de Riesgos del Trabajo que la empresa aseguradora suele disponer el “sí” y el “como” de la prestación, cautivando al trabajador en la alternativa de plegarse a las condiciones impuestas por la compañía, o bien quedarse sin prestación. De ello se sigue sin demasiada labor intelectual que la empresa que organiza el servicio médico, en este caso ART, debe responder por el daño sufrido en la mala práctica

en que se incurriera respecto del trabajador afiliado (“...”). Basta, con lo expuesto, para responsabilizar a la ART por las consecuencias del deficiente actuar médico comprobada en la causa en los términos de los arts. 1198, 512, 902 y cc del C.C”.

A la luz de los criterios jurisprudenciales y doctrinarios expuestos se efectuara el análisis de las constancias probatorias aportadas a esta causa.

Corresponde entonces, por una cuestión metodológica, detenernos en primer término a desentrañar si existe en autos conducta reprochable a los demandados que constituya nexo causal adecuado entre el daño padecido y el proceder profesional de los accionados.-

Con dicho objetivo y en función de lo hasta aquí reseñado, comenzaré por analizarla prueba colectada en autos.

De las “Conclusiones” del Informe pericial médico obrante en autos a fs. 306 a 318 la perito médica actuante en autos informe que: “El SR. Villegas sufrió un accidente de trabajo que le provocó un traumatismo de rodilla y tobillo derecho. Oportunamente fue evaluado por el traumatismo de rodilla derecha y se consignó el dolor en tobillo pero no fue estudiado por este motivo, acorde a la signo sintomatología que presentaba en ese momento. Fue inmovilizado y recibió tratamiento kinésiológico para la rodilla derecha. Ante la persistencia de los síntomas en el tobillo derecho se le realizó aproximadamente 60 días después del accidente un estudio específico RMN de tobillo derecho donde constataron ”...ruptura completa de aspecto sub agudo o crónico de los ligamentos peroneo astragalino anterior y peroneo – calcaneo: ruptura completa de aspecto sub agudo o crónico del ligamento tibio – peroneo anterior con edema óseo en su inserción tibial, hidroartrosis tibio astragalina con pequeño cuerpo libre interauricular y no lográndose evidencia de lesiones osteocondriales a nivel del astragalo identificándose si discreto edema óseo subcondral en el margen anterior de la tibia...”decidiendo y determinando que estas lesiones eran crónicas, hecho perfectamente fundamentado porque esta RMI se realizó luego de más de 60 (dos meses) del accidente, lo que sí determina

cronicidad”.

Agrega la perito que: “El actor no tenía en su historial antecedente que indicase una lesión degenerativa ni crónica de tobillo derecho. Se le realizó infiltración para calamar el dolor y ante el fracaso de la misma se realizó artroscopia donde le retiraron “cpo. libre interarticular se le extrae s/ técnica”.. pero no se realizó resolución de lo que allí se observó según consta: “...se observa a nivel del domo astragalino lesión macroscópica del cartílago...” como tampoco el ligamento del ligamento lateral externo del tobillo derecho que luego de un año fue reparado por un profesional externo a la ART y dado los reclamos del actor consiguió que le reintegren los gastos....En el transcurso de esta evolución dado los dolores y dificultades para deambular el actor aumentó considerablemente de peso y desencadenó una patología psicológica que fue oportunamente evaluada por la Comisión Médica Jurisdiccional...Asimismo la mencionada al considerar la incapacidad otorgada lo hace en relación al tobillo derecho en un 13% y al desorden mental orgánico en un 20% llegando con factores de ponderación al 36,96%.”

Concluye la experta afirmando que: “El Sr Villegas sufrió un accidente de trabajo donde tuvo un esguince severo del tobillo derecho... que oportunamente no fue detectado como tal, consignando a su ingreso como leve: que no fue estudiado acorde a los síntomas que manifestaba y rechazado siendo luego intervenido quirúrgicamente por ruptura del ligamento del ligamento lateral externo el tobillo derecho por un profesional externo y evaluado por la Comisión Médica Jurisdiccional con un 13% de incapacidad ...Con motivo de este esguince de tobillo severo provocado por este accidente de trabajo el actor en la actualidad presenta una incapacidad parcial y permanente del 45% de la total vida...” (fs. 312)

Preguntada la experta acerca de si las referidas lesiones o incapacidad guardan relación causa efecto con las intervenciones quirúrgicas, tratamientos, diagnósticos realizados y su estado de salud al Sr. Luis Villegas Dominguez (Pregunta 3 de los puntos de pericia de la actora). Responde: “Guardan directa relación con el diagnóstico tardío, los

tratamientos posteriores aplicados e intervenciones quirúrgicas, detalladas en Antecedentes” (fs.313).

Por último, en relación a la pericia cabe consignar que al responder las impugnaciones formuladas por el DR. Picasso Netri (fs. 323) la perito aclara que la diferencia existente entre el porcentaje de incapacidad otorgado por la Comisión Médica y la determinada en su informe pericial se debe a la utilización de baremos diferentes y a distintas mediciones de la movilidad del tobillo (fs.326 vta.)

Que la impugnación de pericia traída por el DR. Picasso Netri no resulta suficiente para revertir la fundadas y precisas conclusiones a las cuales arriba la perito médico actuante en autos.-

Acreditados los presupuestos concernientes a la antijuridicidad y al factor de atribución y establecida entonces la responsabilidad de los accionados, corresponde ingresar al capítulo resarcitorio examinando el nexo causal y los rubros reclamados, recordando que la actora pretende indemnización por daño material y daño moral.

Que la actora reclama en concepto de daño patrimonial el resarcimiento de la incapacidad física padecida a consecuencia de la mala praxis médica.

Que en relación a ellos resulta preciso comenzar por señalar que, conforme surge de las constancias agregadas a fs. 9/78, la Comisión Médica de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo determinó, en fecha 27/08/09 que el accionante sufre una incapacidad parcial y permante del 36, 96% por la cual fue ya resarcido por la respectiva ART.

Que es este porcentaje de incapacidad, precisamente, el que el actor pretende se le indemnice conforme surge del escrito de promoción.-(ver fs. 1 acápite “Acción”).

Ahora bien, de acuerdo a las características del acto médico y la incidencia de sus consecuencias normales y ordinarias en el curso habitual de los hechos, el daño resarcible no solo puede estar constituido por el resultado final (por ejemplo

incapacidad o fallecimiento de la persona) sino con la pérdida de chance de haberse curado o haber sobrevivido. En ciertos casos el perjuicio derivaría de la pérdida de chance de curación o recuperación. El daño es la chance misma o sea un “daño intermedio” anterior al daño final constituido por la pérdida de la probabilidad de evitar el perjuicio sufrido.

Destacada doctrina señala: “ Es así que no presenta dudas que la indemnización por pérdida de “chance” no puede identificarse con el eventual beneficio perdido sino que lo resarcible es la “chance” misma, la que debe ser apreciada judicialmente según su mayor o menor grado de probabilidad de convertirse en cierta” (Trigo Represas- Lopez Mesa, “Tratado de responsabilidad civil” L.L. 2A, t.6,p.1046/47, idemn CM Sala D, 28/09/00, L:L: 2001-D-214). Para que la chance perdida sea resarcible debe haberse tratado de una chance probable de efectivizarse. Para establecer esa posibilidad, el juez debe realizar un análisis retrospectivo para remontarse a la situación en que se hallaba el damnificado al ocurrir el hecho dañoso. Situado allí, debe realizar un análisis prospectivo de cómo pudiera haber evolucionado su situación de acuerdo a las circunstancias en que se encontraba el perjudicado (Trigo Represas- Lopez Mesa, “Tratado de responsabilidad civil” L.L. 2A, t.6,p.1046/47).

Pues bien. Teniendo en cuenta el dictamen médico agregado a estos obrado no puede caber duda alguna de que el actor fue privado de su chance de curación. No se me escapa que previ al accidente el accionante era una persona de 23 años de edad, que trabajaba en relación de dependencia, realizaba deportes y gozaba de una vida social plena y que a consecuencia del accidente y el desafortunado tratamiento médico padecido la perito médica actuante le determinó una incapacidad médica del 45% de la total vida.-

Se concluye entonces que la conducta desplegada por los médicos tratantes fue determinante en la privación de chance de curación que sufrió el actor.-

Teniendo en cuenta que el órgano jurisdiccional cuenta con la potestad de recalificar la pretensión deducida (Sentis Meledo, S. “El juez y el derecho (iura novit curia), Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa – América; 1957; Chioyenda, G.

Instituciones del Derecho Procesal Civil, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, pag. 403; entre muchos otros) y considerando las facultades conferidas al órgano jurisdiccional por el art. 245 CPCC y las constancias previamente explicitadas se concluye que no es el daño material producido por la incapacidad que debe resarcirse, sino la pérdida de la oportunidad o probabilidad de haber tenido el tratamiento adecuado y, con él, la frustración de transitar una mejor calidad de vida.

La cuantificación del rubro "chance" es tarea dificultosa. Debe ponderarse que el actor tenía 23 años a la época de los hechos, es de estado civil casado, con dos hijos,, era empleado y su última remuneración mensual percibida fue de \$. 1219,23 al 11/11/09 (fs. 114 vta).

En función de ello, y con arreglo a las previsiones del artículo 245 del C.P.C. Y C. y artículo 1738 del CCC, el rubro resulta procedente y se estima justo fijar prudencialmente su reparación \$ 800.000.- calculada a la fecha de este decisorio

Que pretende el accionante el resarcimiento del daño extrapatrimonial al cual se conceptualiza como toda alteración disvaliosa del bienestar psíquico de la personas. Su resarcimiento persigue una función satisfactoria a favor de la víctima, mitigadora del padecimiento espiritual, sufrimientos, y afecciones legítimas (Morello, Santos Cifuentes, Caseaux, Trigo Represas).

Que la jurisprudencia presume su existencia en caso que sea notorio. “El daño moral notorio no requiere demostración, pues se infiere de los hechos. Ello ocurre en materia de lesiones (físicas, psíquicas y estéticas) y sus tratamientos y secuelas. La incapacidad que generan, hace presumir los padecimientos espirituales que configuran el daño” (Stiglitz, G y Gandolfo de Stigitz, A “*Juicio por accidente automotor*”, pag.82).

En cuanto a la determinación de su cuantía, resulta una tarea compleja, librada a la apreciación judicial. En este sentido es menester atender a la magnitud del bien jurídico lesionado, la intensidad del dolor, la gravedad de la falta y el padecimiento espiritual, la posición económica de la víctima, la repercusión del agravio en su ser

existencial (individual) y coexistencial (vida de relación,) e incluso el valor de placerse compensatorios (Stiglitz, G y Gandolfo de Stigitz, A op.cit. pag.78). Tampoco se justifica que el daño moral guarde relación con el monto reconocido por daño material por el mismo hecho. Lo cual implicaría una decisión arbitraria, ya que el daño moral no es complementario ni accesorio del daño material, sino que tiene condición autónoma y vigencia propia.-

Meritando las constancias de autos, (testimonial de fs. 213, 230/231/232) a criterio de la suscripta resulta razonable y ajustada a derecho conceder por dicho rubro la suma de \$ 2.000.000.- (Pesos dos millones) calculada a la fecha de esta sentencia (art. 772 del C.C.C.N) .

En lo que respecta a los intereses moratorios y toda vez que el art. 1747, CCC, expresa que "*El resarcimiento del daño moratorio es acumulable al del daño compensatorio o al valor de la prestación (...)*", el capital establecido en concepto de indemnización de daños patrimonial y extrapatrimonial devengará un interés no acumulativo de acuerdo a las siguientes pautas: a) desde el día del hecho (arg. art. 1748, CCC) y hasta el vencimiento del plazo que esta sentencia otorga para el pago, se aplicará la tasa de interés puro del 8% anual en función de lo normado por el art. 772 siendo la indemnización de daños una deuda de valor liquidada al momento del dictado de la presente; b) desde el vencimiento de dicho plazo y hasta su efectivo pago, devengará un interés equivalente a la tasa activa promedio capitalizada que publique el B.C.R.A. (art. 768 inc. 3, C.C.C).-

Por último cabe extender la condena dictada en autos a la citada y en los términos del contrato.-

*En función de lo expuesto: **RESUELVO:*** 1) Haciendo lugar a la demanda de autos y consecuentemente condenar a los demandados: Berkley International ART SA, SA Mapaci Laboral, Sanatorio Mapaci, Dres. Luciano Verrone, Rodrigo Armas, Carla Bartolucci y Gustavo Pintón, a abonar al actor en el término de quince días hábiles de

notificada la presente, la suma de Pesos \$2.000.000.- en concepto de daño extrapatrimonial; y la suma de \$8.000.000.- en concepto de daño patrimonial por pérdida de chance.- 2) Costas a la demandada vencida.- (art. 251 del C.P. C y C).- 3).- Las sumas aquí expresadas devengarán intereses conforme a los expresado en los considerandos. 4) Honorarios una vez practicada planilla de capital e intereses en autos.- 5) Extender los términos de esta condena a la citada conforme a lo explicitado en los considerandos

Insértes y hágase saber.