



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

"VERTULLO MONICA LEONILDA Y OTROS C/ SWISS MEDICAL S.A. Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJ.RESP.PROFESIONAL (EXCLUIDO ESTADO) "

Causa N° MO-42256-2016 R.S. 40/2020

Con fecha 2 de Abril de 2020, celebrando Acuerdo telemático -teniendo en cuenta lo dispuesto por el art. 1° apartado b.1.1. de la Res. 10/2020 y 7 de la Res. 14/2020, las pautas dadas por la Res. 2135/18, la directiva de economización de los medios materiales contenida en la Res. 14/2020 como así también el hecho de encontrarse los suscriptos incluidos dentro de las previsiones de la Res. 165/2020, todas de la SCBA- los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, del Departamento Judicial de Morón, Doctores José Luis Gallo y Roberto Camilo Jorda, con la presencia virtual del Sr. Secretario, Dr. Gabriel Hernán Quadri y utilizando para suscribir remotamente la presente sus certificados de firma digital, almacenados en los dispositivos que han sido conectados -para este acto- por el personal de guardia en los equipos informáticos obrantes en la sede del tribunal (Morón, Provincia de Buenos Aires), para pronunciar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"VERTULLO MONICA LEONILDA Y OTROS C/ SWISS MEDICAL S.A. Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJ.RESP.PROFESIONAL (EXCLUIDO ESTADO) "**, Causa N° **MO-42256-2016**, habiéndose practicado el sorteo pertinente -arts. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires- resultó que debía observarse el siguiente orden: **GALLO-JORDA**, se resuelve plantear y votar la siguiente:

C U E S T I O N

¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?

V O T A C I O N

A LA CUESTION PROPUESTA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GALLO, dijo:

I. - Antecedentes

1) La Sra. Juez Titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 9 Departamental a fs. 444/461



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

dictó sentencia en la que dispuso hacer lugar a la demanda, en los términos que de allí surgen.-

2) Contra tal forma de decidir se alzaron los actores, el co demandado Walter Mauricio Olguin Avila, la co demandada Unidad Coronaria SRL (UCM), Swiss Medical S.A y la citada en garantía SMG CÍA. Argentina De Seguros S.A, interponiendo los pertinentes recursos de apelación, que fueron concedidos libremente.-

Una vez que los autos llegaron a este tribunal, la actora expresó sus agravios con el escrito electrónico de fecha 4 de Junio de 2019.-

La co demandada Unidad Coronaria SRL (UCM) lo hizo con el escrito electrónico de fecha 18 de Junio de 2019.-

Mientras que la co demandada Swiss Medical S.A y la citada en garantía SMG CÍA. Argentina De Seguros S.A expresaron sus agravios con la presentación electrónica de fecha 5 de Agosto de 2019.-

Finalmente el co demandado Walter Mauricio Olguin Avila expresó sus agravios con el escrito de fs. 483/486vta.-

Conferidos los traslados, la parte actora presentó el escrito electrónico de fecha 9 de Septiembre de 2019 y el co demandado Olguin Avila el de fecha 18 de ese mismo mes y año.-

3) A fs. 489vta. se llamó **"AUTOS PARA SENTENCIA"**, providencia que al presente se encuentra consentida dejando las actuaciones en condición de ser resueltas.-

II.- Las quejas

a) El recurso de la actora

Comienza cuestionando la parte actora la suma fijada en concepto de pérdida de chance, argumentando específicamente en cuanto a la actividad que desarrollaba el difunto; seguidamente ataca las sumas fijadas en concepto de daño psicológico y gastos de tratamiento, haciendo alusión a la valoración de la pericial llevada a cabo y reclamando la elevación de las sumas



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

establecidas.-

Pasa luego a cuestionar los montos fijados para resarcir el daño moral, y concluye atacando la tasa de interés que se manda a aplicar sobre el capital.-

b) El recurso de la co demandada Unidad Coronaria SRL (UCM)

Previo objetar lo decidido en cuanto al daño moral, reclamando se deje sin efecto el monto fijado o se reduzca su cuantía, pasa posteriormente a atacar la imposición de una multa en concepto de daño punitivo, argumentando para que se la deje sin efecto a su respecto o, eventualmente, se reduzca su cuantía.-

c) El recurso de la co demandada Swiss Medical S.A y la citada en garantía SMG CÍA. Argentina De Seguros S.A

Comienzan las nombradas atacando la atribución de responsabilidad, señalando que -desde su punto de vista- no habría existido mala praxis, argumentando en torno al contenido de la historia clínica de atención domiciliaria y a la prueba pericial llevada a cabo.-

También atacan lo decidido en cuanto al daño punitivo; inician cuestionando la legitimación de la viuda para reclamar este rubro y sosteniendo que Swiss Medical SA no incurrió en dolo o culpa grave. Asimismo remarcan que la sentencia carece de fundamentos en lo relativo a la fundamentación de la suma fijada.-

Igualmente se quejan del momento fijado para el comienzo del cómputo de los intereses y de la suma fijada en concepto de pérdida de chance para la viuda, como así también lo decidido en cuanto al daño psicológico para ella.-

Lo mismo hacen en cuanto al daño psíquico de la hija, para terminar objetando la sentencia ante la falta de imposición de costas en cuanto al daño emergente rechazado y que fuera reclamado por ella.-

d) El recurso del co demandado Olguin Avila



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Cuestiona el nombrado la atribución de responsabilidad, hablando de la existencia del infarto, de la falta de reconocimiento de su parte en ese sentido y se queja, asimismo, de que se haya tenido por reconocido que él no tenía matrícula para ejercer en la provincia, alegando que son meros errores administrativos.-

Remarca que tiene título habilitante para el ejercicio de la medicina, sin contar en ese momento con matrícula habilitante emitida por colegio de la zona.-

Igualmente se queja de la comunicación cursada al tribunal de ética del Colegio de Médicos de la Provincia.-

Culmina atacando la imposición de costas.-

A los términos de cada fundamentación recursiva cabe remitirse en homenaje a la brevedad.-

III.- La solución desde la óptica del suscripto

Preliminarmente debo señalar que, a mi modo de ver, todas las expresiones de agravios sorteán la valla del art. 260 del CPCC en cuanto contienen la crítica concreta, razonada, autónoma y autosuficiente de la sentencia apelada; algunas con mas solvencia argumental que otras, eso es cierto. Pero, en líneas generales, todas permiten tener por satisfechas las exigencias del art. 260 del CPCC.-

Ello así, he de ingresar al tratamiento de los agravios.-

Y a modo de cuestión preliminar es necesario efectuar una precisión acerca del ordenamiento jurídico que resulta de aplicación al presente para el juzgamiento de la cuestión de la responsabilidad.-

La Sra. Juez de Grado aborda el tema desde la perspectiva de la normativa vigente al momento de acontecer los hechos en análisis (fs. 447vta./448), siguiendo el mismo criterio que desde esta Sala hemos utilizado, y sobre el tema no existe agravio de las partes, con lo cual he de asumir idéntica postura.-



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Sobre este piso de marcha, y definido ya el ordenamiento jurídico aplicable, continúo mi análisis, e iré parcelando mi discurso para dotarlo de mayor claridad expositiva.-

a) La atribución de responsabilidad

La co demandada Swiss Medical S.A, la citada en garantía SMG CÍA. Argentina De Seguros S.A y el co demandado Olguin Avila objetan este aspecto del fallo.-

Para ir comenzando, y yendo hacia la naturaleza de la responsabilidad civil de los médicos en particular, y conforme lo he sostenido en numerosísimas causas antes de ahora tanto como Juez de 1ra. Instancia y en la presente Sala, vemos que en el derecho argentino es abrumadoramente mayoritaria la posición que cimienta la "responsabilidad contractual", y sin hesitar adhiero a la tesis que prohija como regla general la adopción de la responsabilidad contractual para contemplar la especie (ver específico trabajo realizado por el Dr. Alberto J. Bueres en su obra: "Responsabilidad Civil de los Médicos" con prólogo del Dr. Jorge Bustamante Alsina, pág. 41 y sgs., Ed. Abaco, Buenos Aires, 1979 y la abundante y copiosa cita allí efectuada de doctrina y jurisprudencia a la que me remito en homenaje a la brevedad).

El Dr. Bustamante Alsina, con acierto, expresó que ubicar siempre la responsabilidad del médico en el ámbito extracontractual es totalmente equivocado puesto que ello importa introducir una confusión entre la causa fuente de la obligación y el contenido de la prestación asumida por el médico, en lo que hace a la efectiva concreción de los deberes a satisfacer por el mismo.

Y por ello es antojadizo considerar por un lado que el facultativo tiene derecho a percibir sus honorarios en virtud del nexo convencional y sostener, por otra parte que asiste al enfermo el derecho de reclamar una indemnización por daños y perjuicios -derivados de la incorrecta ejecución del contrato-



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

acudiendo a los principios jurídicos de una fuente distinta (conf. **BUSTAMANTE ALSINA, Jorge**, "Teoría General de la Responsabilidad Civil", nros 1367, 1368, págs. 393/4, ed. A. Perrot, Bs.As., 1973; **CHIRONI, G.P.**, "La culpa en el derecho civil moderno: culpa extracontractual", Reus, Madrid, 1904, t I, pág. 146).

Por otra parte, soy de opinión que en nuestro derecho no hay cabida para insertar la mentada "culpa profesional" puesto que al infringir los dictados de su ciencia o especialidad, **el médico incurre en la culpa común que supone una noción singular, invariable y genérica acorde con el principio fluyente del art. 512 del Código Civil, y la circunstancia de que transgrede ciertos deberes especiales emanados del ejercicio profesional, no es óbice para que, al constituir esa falta una violación del contrato, la responsabilidad no siga siendo puramente contractual** (ver **Mazzeaud, H. y León y Tunc, A.**, "Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual", Ejea, Bs. As., 1977, t I, Vol. I, nro. 206-2, pág. 290 y sgs.).-

Asimismo, entendemos que **el médico está compelido a satisfacer una obligación de "medios" -o de diligencia-, pues la mayor parte de las veces sólo promete observar una conducta diligente para la obtención de un "resultado"**, con prescindencia de que éste se verifique.

Y **sólo por excepción, puede suceder que el profesional de la medicina garantice un resultado, asumiendo por ende una obligación de tal laya y obligación determinada** (como por ejemplo los deberes específicos de los anatomopatólogos y biólogos, en relación con los análisis de laboratorios que no ofrecen riesgos en orden a la precisión científica, y a los de los cirujanos **cuando sus labores consisten en intervenciones quirúrgicas de notoria simpleza o de cirugía estética**).

Ahora bien, cuando la obligación es de "medios", **el deudor**



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

está constreñido a prestar una conducta que razonablemente conducirá a un resultado (aunque éste es prescindente), y por lo tanto, la omisión de esa conducta constituye la "culpa", es decir que en este último tipo de deberes (los de medios) al acreedor incumbe la prueba de la culpa pues ésta consiste en el incumplimiento (conf. BUERES, Alberto J., ob. cit., pág. 189; fallo del Dr. Jorge H. ALTERINI como Juez de 1ra. Instancia, publicado en L.L., 1976-C, nro. 73.338 del 6/8/75, pág. 207).

En relación a nuestro ordenamiento positivo es dable acotar que la teoría de la prestación de la culpa fue abandonada, pues el art. 512 del Código Civil consagra una regla general que faculta al juez para evaluar la conducta del agente sin atención a tipos o moldes apriorísticamente fijados.

De acuerdo con ello, entonces, la culpa se debe apreciar en concreto, sobre la base de la naturaleza de la obligación y de las circunstancias de personas, tiempo y lugar, y las condiciones personales del agente sólo se computarán a los efectos de estimar el mayor deber de previsión impuesto por el art. 902, o cuando se trate de relaciones contractuales creadoras de deberes "intuitu personae" (conf. art. 909 del cód. cit.).

Y con dichos elementos concretos, el Juzgador formará un tipo de comparación, circunstancial y específica que sea representativo -axiológicamente- de la conducta que debió observar el sujeto en la emergencia, y entre la confrontación del actuar real y el debido (idealmente supuesto) obtendrá la conclusión buscada (conf. Bustamante Alsina, ob. cit. nro. 812, págs. 250/251).

En consecuencia, de todo lo expresado, el Juez se atendería (en el sistema genérico del art. 512), "in principium", a la naturaleza de la obligación o del hecho y a las circunstancias de personas, tiempo y lugar, considerando las condiciones personales del agente, al único efecto de hacer mérito a la mayor



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

o menor previsibilidad del daño impuesto en el caso, y con el resultado de dicha apreciación, el magistrado elaborará si el sujeto actuó en la emergencia ajustándose a la conducta debida.-

Esto en relación a los médicos.-

Con relación a las empresas involucradas es del caso señalar que **en cuanto a la responsabilidad de los entes Hospitalarios, Sanatoriales y/o a empresas que se dedican a la prestación médica,** por la indebida atención médica por los profesionales que laboran para tales establecimientos o empresas especializadas en tales labores, también antes de ahora he opinado **que no existe uniformidad de criterios, aún cuando todos arriban al mismo resultado, en el sentido que dicha responsabilidad existe en todos los casos en que hay responsabilidad médica.**-

Así encontramos una opinión que computa por un lado la autonomía científica que tiene el médico respecto de las autoridades del establecimiento, y por otro, la verdadera raíz de las declaraciones voluntarias vinculantes, y se concluye que entre la clínica -estipulante-, y el médico -promitente-, se celebra un contrato a favor del enfermo -beneficiario- y que de tal juego de relaciones, surge que las responsabilidades del galeno y del ente asistencial frente al paciente son directas y de naturaleza contractual; que el ejecutor material del último tramo del programa o plan de prestación por encargo del solvens es un auxiliar o dependiente del mismo y que cuando los poderes de contralor, dirección y otros se diluyen hasta un punto en que ni siquiera acudiéndose a una ficción puede concebirse en su existencia, el deber de responder reflejo -o indirecto-, la garantía por el actuar ajeno dejar de ser tal, y da paso, o se transforma en un deber jurídico calificado tácito de seguridad, que funciona con carácter accesorio de la prestación principal, y cuya transgresión engendra una responsabilidad directa del deudor; que lo real es que la entidad sanatorial



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

lucra y se beneficia con el suministro del servicio profesional, y de ahí que cargue con las consecuencias dañosas de la actividad imputable a los sujetos afectados a ese fin, y que el fundamento de dicha responsabilidad contractual, residirá en la existencia de una obligación de garantía por la conducta de los encargados o ejecutores materiales de la prestación, bien en la mediación de un deber de diligencia o vigilancia que las autoridades de la clínica tendrían que observar sobre las personas que concretaran efectivamente los servicios (ver Bueres, Alberto J., "Responsabilidad Civil de las Clínicas y Establecimientos Médicos"; Belluscio, L.L., 1979, C-19, en especial nro. 5, pág. 23).-

A su vez, Bustamante Alsina, ha sostenido que si no hay nexo de subordinación en el aspecto técnico-científico entre el médico y la entidad, es impropio aludir a una responsabilidad refleja de dicha institución (proyección de la culpa ajena) apuntalada en la idea de garantía; o en la culpa in vigilando -noción subjetiva- presumida de manera irrefragable o simplemente "iuris tantum" (Responsabilidad Civil de los Médicos en el ejercicio de su profesión", págs. 66 y 67), pero cabe aclarar que el mismo autor entiende que existe por parte de la clínica una obligación tácita de seguridad de carácter general y accesorio, que tiene lugar en los contratos que requieren la preservación de las personas de los contratantes contra los daños que pueden originarse en la ejecución del contrato y que sería una obligación de medios por la cual la entidad respondería de los daños sufridos por el paciente todas las veces en que el médico incurriera en la omisión de la prudencia y la diligencia querida del caso.-

Las mismas consideraciones, por cierto, son aplicables a las empresas de medicina prepaga.-

De manera concluyente, recordábamos en la causa nro. 53.747 (R.S. 223/08) lo resuelto por la C.S.J.N. en los autos



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

"Etcheverry Roberto Eduardo c/Omint Sociedad Anónima y Servicios" (Fallos 324:680) donde se señalaba que las empresas de medicina prepaga han de proteger las garantías constitucionales a la vida, la salud, seguridad e integridad de las personas.-

Con todo ello expuesto, y en cuanto a los medios de convicción útiles en estas controversias, he de recordar que *"como regla el Juez tiene el deber de apreciar la prueba lo que no implica la obligación de referirse en detalle a cada uno de los elementos aportados, **SINO SELECCIONARLOS A FIN DE FUNDAR EL FALLO** en lo mas fehaciente"* (SCBA, DJBA t. 36, págs. 393 y 471 DJBA; SCJBA Agosto 4/53 "Emmi Antonio y otra c/ Carnevale Nicolas") y que según lo determina el artículo 384 del ritual habrán de apreciarse, conforme las reglas de la sana crítica, las que fueran esenciales y decisivas para el fallo de la causa (esta Sala en causa nro. 56736 R.S.62/10, entre otras).-

Sabemos que en este tipo de procesos, cuando existen cuestiones médicas en juego, el medio probatorio pericial se torna fundamental (arts. 384 y 457 del CPCC).-

En efecto: el magistrado desconoce las reglas de la ciencia médica y, por ello, cuando alguien reclama en base a una potencial infracción a las mismas, es que se convocan al proceso profesionales idóneos en la materia para que aporten su conocimiento.-

Es entonces momento de recordar, en cuanto a la eficacia probatoria de los dictámenes periciales, que he compartido la opinión vertida antes de ahora en ésta Sala en expte. "Sandoval, Felipe y otra c/ Alemany, Juan y otro", publicado en la Rev. L.L., 1987-C, págs. 98/113, del 18/12/869 (y conf. entre otros: Hernán Devis Echandía" en su "Compendio de la prueba judicial", anotado y concordado por Adolfo Alvarado Velloso), que señala en su t.II, pág. 132, como uno de los requisitos para la existencia jurídica del dictamen pericial, "...Que el dictamen



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

esté debidamente fundamentado. Así como el testimonio debe contener la llamada "razón de la ciencia del dicho", en el dictamen debe aparecer el fundamento de sus conclusiones. Si el perito se limita a emitir su concepto, sin explicar las razones que lo condujeron a las conclusiones, el dictamen carecería de eficacia probatoria y lo misma será si sus explicaciones no son claras o aparecen contradictorias o deficientes. Corresponde al juez apreciar este aspecto del dictamen y, como hemos dicho, puede negarse a adoptarlo como prueba, si no lo encuentra convincente y, con mayor razón, si lo estima inaceptable; en ese caso debe ordenar un nuevo dictamen" "...El juez es libre para valorarlo mediante una sana crítica. Lo ideal es dejar la valoración del dictamen al libre criterio del juez, basado en sus conocimiento personales, en las normas generales de la experiencia, en el análisis lógico y comparativo de los fundamentos y de las conclusiones del dictamen, como se acepta en los modernos códigos de procedimientos y en todos los procesos nuestros. Es absurdo ordenarle al juez que acepte ciegamente las conclusiones de los peritos sea que lo convenzan o que le parezcan absurda o dudosas, porque se desvirtúan las funciones de aquél y se constituiría a éstos en jueces de la causa. Si la función del perito se limita a ilustrar el criterio del juez y a llevarle al conocimiento sobre hechos como actividad probatoria, debe ser éste quien decida si acoge o no sus conclusiones"; así también la jurisprudencia ha dicho que "...los jueces pueden apartarse de las conclusiones periciales, dando los fundamentos de su convicción contraria (conf. entre otros: S.C.B.A., DJBA, t. 16, pág. 221; Rev. L.L., t. 42, p. 122); "...es que el dictamen de los peritos es sólo un elemento informativo sujeto a la aceptación y apreciación del juez" (S.C.B.A., A. y S., 1957-IV, p. 54; DJBA, t. 64, p. 153); "...las conclusiones a que arriba el perito no atan al juzgador de forma de sustituirse en sus



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

facultades decisorias privativas" (Jofre-Halperín, "Manual", t. III, 396, nro. 28; Morello "Códigos...", t. V, p. 586; y causas de esta Sala nro. 31.320, R.S. 227/85 y 36.432, R.S. 522/96).-

Esta Sala ha señalado que **"las conclusiones a que arriba el perito no atan al Juzgador de forma de sustituirse en sus facultades decisorias privativas y es por ello que puede apartarse de las mismas, pero dando los fundamentos de su convicción contraria y tratándose de una cuestión fáctica de orden técnico o científico es prudente atenerse al dictamen del perito, si no resulta contradicho por otras probanzas, máxime cuando no existe duda razonable de su eficacia probatoria"** (causa nro. 31.794 R.S. 18/95; en igual línea de pensamiento véase esta Sala en causa nro. 35.173, R.S. 114/96, entre otras).-

Sobre este piso de marcha, y pasando al análisis de los agravios, he de señalar que -a mi modo de ver- no les asiste ninguna razón a las apelantes en cuanto objetan la conclusión de la sentencia en cuanto a las causas del deceso del Sr. Sandoval.-

Según surge de las constancias de autos, el perito interviniente ha señalado que **la causal del deceso del nombrado resultaba ser un paro cardiorespiratorio no traumático consecuencia de un infarto** (ver fs. 295 y 368).-

Por lo demás, tenemos el certificado de defunción glosado a la IPP que indica como causal del deceso un paro cardiorespiratorio no traumático (fs. 3/vta.).-

Amén de ello, y contrastando lo expuesto, el perito informa que, **de acuerdo con las llamadas efectuadas al call center, era dable sospechar que se trataba de un infarto agudo de miocardio** (ver fs. 295).-

Y el propio médico que lo trató, cuando contesta su demanda, reconoce **expresamente** que el Sr. Sandoval sufrió un infarto agudo de miocardio (ver fs. 138).-



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

De hecho, y según constancias de fs. 22 de la IPP, cuando se solicitada la ambulancia se le asigna un **CODIGO ROJO**, mencionando diversos síntomas (entre ellos dolor intenso, que se le iba hacia el brazo izquierdo) y antecedentes de hipertensión.-

Esto se contextualiza, incluso, con los datos aportados por la Fundación Favaloro, que corroboran esta última aseveración (ver fs. 275/292).-

O sea, y recapitulando: los familiares de Sandoval llaman a la ambulancia y se le asigna un Código Rojo (que es el previsto para casos graves); aportando diversos datos relativos a su cuadro y señalando, incluso, la existencia de antecedentes.-

La ambulancia llega al lugar con un médico, que en su contestación de demanda reconoce que el paciente sufrió un infarto.-

El certificado de defunción habla de un paro cardiorespiratorio no traumático.-

El perito médico actuante en autos dictaminó que la causal de la muerte resultaba ser un paro cardiorespiratorio no traumático consecuencia de un infarto.-

Aquí me detengo para señalar que, conforme surge de las constancias de autos, no hay ninguna prueba que indique lo contrario (arts. 384 y 474 del CPCC).-

Frente a todo este contexto, y como lo adelantaba, no les asiste ninguna razón a las quejas cuando vienen a sostener, en esta Alzada, que no estaría probada la causal del deceso, pues -insisto- aquí el perito ha dictaminado y no veo ninguna constancia (objetiva) que amerite apartarse de lo que ha sostenido; sino que sucede, mas bien, todo lo contrario, a poco que computemos los antecedentes de Sandoval y el hecho de que el propio personal que envió la ambulancia le asignó un Código Rojo.-

Por cierto, frente a todo lo que vengo señalando, no



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

podemos computar, como elemento de convicción contrario, la constancia de atención médica domiciliaria.-

Y ello por la sencilla razón de que la misma emana, justamente, de un co demandado y lo que está en análisis aquí es su conducta profesional de haber errado en el diagnóstico.-

Luego, mal podríamos apoyarnos -para desvirtuar lo que surge de las evidencias antedichas- en la constancia emitida, justamente, por el co demandado.-

De hecho, y si tuviéramos que atenernos a lo que surge de dicha constancia (como lo propone la empresa co demandada), no tendríamos ninguna explicación razonable que justifique por qué falleció Sandoval.-

De este modo, entiendo que existió un claro error de diagnóstico (y consecuente tratamiento) por parte del co demandado Olguin Avila, al tratar a Sandoval como si padeciera una crisis nerviosa, cuando el mismo estaba sufriendo un infarto.-

El desenlace, ya lo sabemos: al poco tiempo de retirarse la ambulancia del lugar, el cuadro se mantenía, Sandoval tuvo que ser trasladado a otro establecimiento, **y falleció.**-

Aquí cabe detenernos para señalar que, en el caso, nos hallamos frente a un evidente error de diagnóstico.-

Luego, cuando el profesional de la medicina incurre en un error de diagnóstico, ello conlleva aparejado el consiguiente error en el tratamiento.-

Como ha dicho Mosset Iturraspe, el diagnóstico es el resultado de un juicio y como tal puede ser erróneo si el juzgamiento es equivocado. Remarcando que el error de diagnóstico constituye, él mismo, una, culpa profesional, una negligencia o impericia médica, por la cual se debe responder (Mosset Iturraspe, Jorge, Frustración de una chance por error en el diagnóstico, LL 1982-D, 475).-

En efecto: el error de diagnóstico condiciona el



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

tratamiento que se afrontará.-

Entonces, un diagnóstico equivocado llevará a un posterior tratamiento erróneo.-

Las consecuencias, luego, dependerán de las circunstancias de cada caso.-

Y, yendo al presente, las consecuencias del error de diagnóstico están a la vista.-

Esta situación de error de diagnóstico (y consecuente tratamiento) se potencia, en el caso, por una circunstancia mas: el co demandado Olguin Avila, al concurrir a atender a Sandoval, **CARECÍA TANTO DE MATRÍCULA PROVINCIAL, COMO DE MATRÍCULA NACIONAL.-**

Esto último se ha develado, a poco que se compulsa al constancia de fs. 34 de la IPP y lo informado por el Ministerio de Salud a fs. 36: el co demandado obtuvo su matricula nacional con posterioridad a los hechos aquí analizados.-

De hecho, y corroborando lo expuesto, tenemos que el número de matrícula que se consigna en su sello (en la constancia de atención domiciliaria, fs. 24 de la IPP) difiere del que le asignó el Ministerio de Salud.-

O, dicho de otro modo, atendía sin matrícula y colocaba un número apócrifo en su sello.-

Incluso miente el co demandado cuando viene a absolver posiciones (minuto 5 de su declaración) al decir que tenía matrícula nacional, aunque no provincial; cuando se le pregunta por el número y fecha, dice no recordarlo (minuto 7.15 de su declaración), reconociendo luego su firma y su sello obrantes a fs. 24 de la IPP.-

No es la única falsedad en la que incurre, pues al declarar (minuto 2.20) dice que llegó con código verde, cuando en realidad -y según surge de la documentación aportada- se trataba de un código rojo.-

De este modo, y como bien lo señala el fallo, el co



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

demandado **ESTABA EJERCIENDO LA MEDICINA EN CONDICIONES EN LAS QUE, SEGÚN LA NORMATIVA VIGENTE, NO PODÍA HACERLO.** -

Creo que todo esto debemos correlacionarlo: el co demandado ha incurrido en un error de diagnóstico (y tratamiento) grave, que desembocó en el deceso de Sandoval; pero esto debe apreciarse contextualmente, porque no es solo que incurrió en un error de diagnóstico, sino también que estaba ejerciendo la medicina careciendo de la matrícula habilitante.-

Incluso, por su conducta procesal (que tiene un alto valor indiciario en el caso, art. 163 inc. 5 CPCC; esta Sala en causa nro. 45.627 R.S. 363/01, entre muchísimas otras), podemos advertir que el co demandado es bastante proclive a la falsedad y a la mendacidad.-

Su responsabilidad, en este contexto, surge clara y evidente.-

Y, por ello, entiendo que debe confirmarse el fallo en cuanto hace lugar a la demanda a su respecto.-

Ahora, y en relación a la co demandada Unidad Coronaria SRL (UCM), su responsabilidad es patente, en su carácter de principal del médico.-

Y ello resulta extensivo, en el contexto antes indicado, a la co demandada Swiss Medical S.A.-

Ello así porque la nombrada era la prestadora del servicio de salud; luego, si para prestar ese servicio se valió de otra empresa (que, a su vez, se valió de un médico no matriculado) su responsabilidad fluye evidente, a la luz de la normativa indicada en el fallo apelado, que poco hacen las quejas para rebatir en este aspecto.-

De hecho, la jurisprudencia ha entendido que frente al deficiente diagnóstico efectuado por el médico actuante, corresponde responsabilizar a la empresa de medicina prepaga a la cual estaba afiliada la víctima, y al servicio de emergencias médicas para el cual dicho profesional se



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

desempeñaba, por la muerte de aquélla a causa de un infarto (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, 21/4/2009, "Vázquez Fernández, María Luz c. Diagnos S.A.M.A.", LL 2009-D, 343).-

Es que, desde mi punto de vista, la responsabilidad de las empresas de servicios médicos (y mas aun cuando se trata, como es de conocimiento público y notorio, de una de primera línea, como la aquí co demandada) debe intensificarse y juzgarse de manera estricta pues ellas contraen determinadas obligaciones respecto del paciente y, por lo tanto, quedan obligadas a adoptar todas las medidas del caso para que la atención respectiva sea prestada en condiciones adecuadas.-

Su carácter de prestataria de servicios y, especialmente, el hecho de estar en juego el derecho a la salud, así lo indican.-

Luego y si, para cumplir con su parte del contrato, acuden a los servicios de otra empresa, que a su vez se vale de un médico que carece de matrícula habilitante y confunde un infarto con una crisis nerviosa, su responsabilidad es indisputable en su carácter de prestadora del servicio del cual se termina derivando el daño (arts. 42 Const. Nac., 40 ley 24.240).-

Promoveré, entonces, la confirmación del fallo apelado en cuanto ha hecho lugar a la demanda respecto de los tres co demandados.-

b) Los montos de condena

Despejada la cuestión de la atribución de responsabilidad, puedo proseguir con el análisis de los montos de condena.-

Pérdida de chance (co actora Vertullo)

El fallo fija, en el punto, la suma de \$300.000, lo que agravia a la actora y a las co demandadas Swiss Medical S.A y la citada en garantía SMG CÍA. Argentina De Seguros S.A.-

Ingresando a tratar los agravios, entiendo oportuno comenzar recodando que esta Sala tiene dicho en numerosas causas (nro. 28.044, R.S. 43/92; 29.561, R.S. 120/93; nros. 32.928 y



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

32.928bis, R.S. 648/99 entre otras), que "...cuando se produce la muerte ... por obra de un tercero, más allá del tremendo dolor moral que la desaparición trágica provoca.., existe la frustración definitiva de una legítima expectativa de ayuda económica. Esta expectativa se asienta en los hechos que la vida real ha venido consagrando y que, con mayor o menor intensidad, a la mayoría le toca protagonizar, salvo supuestos de excepción provenientes del desamparo ante el alejamiento de la víctima".-

"Ese resarcimiento cabe, sino a título de lucro cesante, por lo menos como la pérdida de una "chance" y oportunidad de la ayuda o sostén económico ..." (conf. SCBA, Ac. 27.280, J,A,, 1981-I-Síntesis, pág. 51, sum. 42, entre otros); naturalmente que al fijar el monto resarcitorio, deber tenerse en cuentas las particularidades del caso, en especial la edad del padre, la esposa y los hijos, las expectativas probables de vida, la actividad de la víctima -en este caso el esposo y padre de los accionantes- y su proyección al futuro".-

Como se dijo en la causa 21.203 R.S 134/88, entre muchas otras, la ley crea respecto de la viuda e hijos menores, un régimen especial, edificado sobre la presunción de la existencia del daño patrimonial y del daño moral. Y en virtud de esa presunción les exime de la prueba concreta del perjuicio sufrido; la presunción es "iuris tantum" y el legitimado pasivo, deudor del resarcimiento, puede demostrar que la muerte no ocasionó el perjuicio que se pretende -conf. Jorge Mosset Iturraspe en "Responsabilidad por daños" T. II-B, quien en su obra "El valor de la vida humana" afirma: "Pensamos que el codificador consideró especialmente la situación de la "viuda", por entender que es ella quien sufre de ordinario y en mayor medida las consecuencias patrimoniales del homicidio de su cónyuge, sostén económico suyo y de los hijos del matrimonio" p. 100.-

Entonces, debemos articular las circunstancias personales



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

tanto del difunto, como de la viuda reclamante.-

De este modo, el Sr. Sandoval tenía, a la fecha del hecho, 66 años; era colectivero jubilado y se desempeñaba realizando trabajos de gasista y plomería (tal como declarararan los testigos De Bejarano, Olivera y Guerrero, en la audiencia videograbada -ver fs. 361-).-

Aquí discrepo con la Sra. Juez de Grado -y creo que lleva razón la parte actora- en cuanto a la consideración de la suspensión en la matrícula de gasista.-

Es que el informe de fs. 374 fue emitido en 2017 (mes de Septiembre) es decir a mas de tres años del fallecimiento de Sandoval; con lo cual, la interpretación que cabe realizar es que en esos años el no pago de la matrícula estuvo vinculado a su fallecimiento.-

Especialmente teniendo en cuenta los dichos de los testigos y la inexistencia de alguna prueba que indique que Sandoval hubiera dejado de realizar su actividad en tiempos anteriores a su deceso.-

Por lo demás, no tenemos mas constancias específicas vinculadas con el nivel o tenor de sus ingresos, con lo cual debemos operar en base a las máximas de la experiencia (art. 384 del CPCC).-

Y allí también me aparto de considerar, para llegar al monto de la tarifación, el salario mínimo vital y móvil.-

Es que si bien podemos acudir a esa pauta en total ausencia de otros elementos, cuando tenemos constancias de desarrollo de alguna actividad remunerada si faltan las pruebas concretas vinculadas con su producto económico, debemos operar -como lo decía- en base a las máximas de la experiencia.-

Por lo demás, las condiciones socio económicas de la familia surgen de las piezas de fs. 74/6, ratificadas a fs. 79/81, de las cuales emergen incluso la imposibilidad de que la co actora trabaje, por problemas de salud.-



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Dicho esto, conjugamos la edad de la viuda (al momento del fallecimiento), la edad y actividad llevada a cabo por la víctima, los tiempos probables de sobrevivida de ambos (74 y 80 años, cfe. OMS en <https://www.who.int/countries/arg/es/>) y operar en base a las pautas del art. 165 del CPCC, siempre considerando que el resarcimiento que se fije debe ser el suficiente como para cumplimentar la finalidad del art. 1084 del Código Civil.-

A la luz de lo expuesto, teniendo en cuenta el tiempo probable de sobrevivida del Sr. Sandoval, la edad de la viuda y las variables socio económicas que rodean al caso y ya he enunciado, entiendo que la suma fijada se perfila sensiblemente reducida y por ello promoveré su elevación a la de \$1.200.000 (un millón doscientos mil pesos).-

Daño psicológico (co actoras Vertullo y Sandoval)

La sentencia fijó la suma de \$141.600 para cada una de ellas (incluyendo la incapacidad y el tratamiento) lo que es objetado por la actora, por las co demandada Swiss Medical S.A y por la citada en garantía SMG CÍA. Argentina De Seguros S.A.-

Llegado este punto, cabe recordar que el daño psicológico es la lesión del funcionamiento cerebral.-

Las alteraciones o secuelas en dicha esfera, sean totales o parciales, pues toda disminución de la integridad física humana es materia de obligado resarcimiento, dentro del cual debe incluirse, a la merma de las aptitudes psíquicas del individuo, lo que por sí constituye un daño resarcible (esta Sala en causa nro. 42.139 R.S. 316/02).-

Por lo demás, y en respuesta al planteo de la co demandada y su aseguradora, es necesario recordar que el daño psicológico no se subsume en la rama del daño moral, ingresando -en cambio- en la esfera del daño material (esta Sala en causa 44.116, R.S. 621/01, entre otras); siendo solamente un desglose del daño material para su mejor cuantificación (esta Sala en causa



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

44.400, R.S. 200/01, entre otras).-

Lo dicho, descarta la superposición a la que hacen referencia la co demandada y su garante.

Ahora, y pasando a analizar la prueba aportada, tenemos que la esencial en el punto es la pericial psicológica (arts. 384 y 457 del CPCC).-

Aquí la misma se ha llevado a cabo por parte de una perito psicóloga (ver fs. 310/313vta.), quien luego de dar los fundamentos del caso, nos habla de una incapacidad del 14% en cabeza de la co actora Vertullo (cuadro moderado de desarrollo reactivo) y de un 10% en cabeza de la co actora Sandoval (cuatro moderado de duelo patológico), hablando también -en ambos casos- de concausalidad.-

Por lo demás, la perito es bien clara al indicar, a fs. 365vta. que -de la incapacidad informada- la distribución del porcentaje debería ser **de un 50% por los hechos de marras y el resto por factores ajenos**.-

Siguiendo las antedichas pautas de valoración del dictamen pericial, en tanto el mismo emana de profesional competente, se encuentra debidamente fundado y no existen en la causa elementos objetivos que lo contradigan, entiendo que debemos estarnos a lo que emerge de dichas conclusiones periciales (arts. 384 y 474 del CPCC).-

No veo, entonces, que se de la situación que señala la actora en sus agravios sino, antes bien, que la perito ha sido clara al hablar de concausalidad.-

Por ello, entiendo que los agravios de la parte actora también han de repelerse.-

Luego, y por lo que llevo dicho, habiendo dado respuesta a los agravios traídos y no habiendo crítica concreta en relación a los montos en sí mismos, deberá confirmarse el fallo apelado en este aspecto.-

Daño moral



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

El fallo apelado fijó la suma de \$500.000 para cada uno de los hijos del difunto y \$800.000 para su cónyuge.-

De ello se agravia la parte actora y la co demandada Unidad Coronaria SRL.-

En primer lugar debemos rememorar que esta Sala ha dicho en la causa n° 48.816, R.S. 206/06, que el daño moral resulta de una lesión a los sentimientos, en el padecimiento y las angustias sufridas, molestias, amarguras, repercusión espiritual, producidos en los valores más íntimos de un ser humano; que, probado el daño, el monto de la indemnización ha sido deferida por la ley al soberano criterio del Juez, y éste -a falta de pautas concretas resultantes de las constancias del proceso- ha de remitirse a sus propias máximas de experiencia (conf. entre otros: S.C.B.A., Ac. y Sent., 1992, t. I., pág. 99; 1974, t. I., pág. 315; 1975, pág. 187; ésta Sala en causas 21.247, R.S. 128 del 3/8/88, idem causa 21.946, R.S. 192 del 9/8/88, causa 29.574, R.S. 45 del 9/3/93).-

Asimismo, debemos destacar que la determinación del monto por esta partida resarcitoria es de asaz difícil fijación, ya que no se halla sujeto a cánones objetivos ni a procedimiento matemático alguno, por cuanto corresponde atenerse a un criterio fluido que permita computar todas las circunstancias del caso.-

Por su naturaleza se traduce en vivencias personales, tornándose su determinación dificultosa, ya que el sentenciante carece de elementos objetivos para precisar cuanto sufrió la víctima a raíz del ilícito. Es decir, dichos agravios que se configuran en el ámbito espiritual no siempre resultan claramente exteriorizados, hallándose la suma que se fija en este concepto librada a la interpretación que hace el juzgador a la luz de las constancias aportadas a la causa, tratando de formular un juicio prudencial enmarcado en la normativa del art. 165 del C.P.C.C. (el suscripto en causa de esta Sala n° 30.973



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

R.S. 389 bis/1.993, entre muchas otras).-

Tiene dicho esta Sala en las causas 23.299, R.S. 186/89 y 26.895, R.S. 172/91 votos de los Dres. Suares y Conde respectivamente que "... el juzgador, como hombre común, debe subrogarse mentalmente en la situación de los damnificados, para determinar con equidad si él, en un caso análogo, habría padecido moralmente con intensidad suficiente como para reclamar una reparación. Ello no es el precio del dolor, es un medio para mitigarlo. Peréz Vives sostuvo que el dolor es menor cuando se padece con dinero. Es que, como lo expresan prestigiosos autores, la función satisfactoria del dinero es la que precisamente permite reparar los daños que son estrictamente valorables pecuniariamente (cfme. Colmo, Alfredo "De las Obligaciones" T 1, pag. 215 n° 187; Lafaille, Tratado, Obligaciones, T 1 pag. 216; Acuña Anzorena, Estudio de Responsabilidad Civil, pag. 67/68, Roberto Brebbia H., El Daño Moral, pag. 102)".-

Asumiendo el conductismo propuesto, no caben dudas que la muerte del padre genera para los hijos un daño moral al afectarlos en sus valores espirituales mas íntimos y apreciados; lo propio sucede cuando quien fallece es el cónyuge, con quien se han compartido largos años de vida, incluso con una descendencia común. Lo que se potencia, aun mas, si se trata de adultos mayores, en cuyo caso los padecimientos morales pueden ser mas intensos (esta Sala en causa nro. 49.001 R.S. 31/04).-

Por lo demás, es necesario tener en cuenta (a la hora de valorar esta partida) las circunstancias propias del suceso, especialmente cuando el mismo tiene que ver con temas vinculados con la atención médica y las circunstancias en que se produce resultan graves, repentinas e inverosímiles (esta sala en causa nro. 31.271 R.S. 168/15).-

Luego, computando todas las variables anteriormente



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

enunciadas en cuanto al fallecimiento de la víctima (especialmente lo que rodeó a su atención médica y la posterior necesidad de trasladarlo a otro lugar, para que termine falleciendo, con todo lo traumático y la carga de angustia que ello genera), y su relación familiar con los restantes co actores (cónyuge e hijos), entiendo que las sumas fijadas se perfilan reducidas y por ello promoveré su elevación a las de \$800.000 para cada uno de los hijos y \$1.000.000 para la viuda.-

c) Daño punitivo

La sentencia apelada impuso, en concepto de daños punitivos, una multa a Swiss Medical S.A. y Unidad Coronaria Moron SRL de \$3.000.000.-

Dichas apelantes objetan el fallo en el punto.-

Cabe entonces recordar que el art. 52bis de la ley 24.240 establece que **"al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan".-**

Es la figura de los daños punitivos.-

Tratándose de una cantidad de dinero que se ordena pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños experimentados, cuya teleología es la de sancionar la inconducta de los proveedores de bienes y servicios, como así también la de prevenir hechos similares en el futuro.

Precisamente, conviene puntualizar que, dada la funcionalidad que tiene el daño punitivo -como se dijo punitiva y disuasoria de la realización de conductas perjudiciales para el consumidor- su importe es independiente de otras indemnizaciones que se fijen (esta Sala en causa MO 36.304 15 R.S. 326/2019).-



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Cabe, ahora y sobre este piso de marcha, ir abordando las diversas objeciones que se traen sobre el punto.-

Comienzo con las de Swiss Medical S.A.-

Objeta la quejosa la legitimación de la viuda para reclamar los daños punitivos, afirmando que ella no era consumidora respecto de la obligación supuestamente incumplida, sosteniendo que el único consumidor fue el difunto y argumentando al respecto.-

El agravio, desde mi punto de vista, no es de recibo.-
Veamos.-

El art. 52bis citado anteriormente menciona, como recaudo para la procedencia del rubro, el reclamo del damnificado y habla, mas adelante, de que el juez podrá fijar la multa civil que será "a favor del consumidor".-

Ahora bien, si vamos al art. 1 de la LDC (que la apelante soslaya abiertamente en su discurso) leemos claramente lo siguiente: *"se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social"*.-

Pues bien, muy acertadamente señala el fallo que aquí la actora ha sido la contratante de los servicios (ver fs. 16) en beneficio propio y de su grupo familiar, lo que la deja claramente incluida en el texto del art. 1 antes citado.-

No hay, entonces, ausencia de legitimación activa en el punto, y sus quejas deben desestimarse.-

Luego sostiene la apelante que de su parte no ha existido dolo o culpa grave, que se ha violado el principio de personalidad de la pena y que el hecho que menciona la sentencia no configura una conducta sancionable, argumentando al respecto.-

Pues bien, lo primero que debemos circunscribir es cual es la conducta reprochable en el caso.-



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Desde mi punto de vista -y como ya lo he argumentado- no se trata de una mera infracción administrativa, como pretende argumentárselo.-

Lo que sucede aquí es que, habiéndose contratado un servicio, con cierta empresa de medicina prepaga (de primera línea) cuando fue requerida una prestación, se envió una unidad coronaria, con un médico totalmente incapaz de manejar la situación (de hecho, confundió un infarto con una situación de nerviosismo).-

Ello agravado por el hecho de que ese médico carecía tanto de matrícula nacional, como provincial.-

O sea, y para decirlo gráficamente, quien fue enviado a atender al paciente no estuvo en condiciones de cumplir adecuadamente el débito contractual y, además, no estaba habilitado para ejercer la medicina en ese momento.-

Esto es, quizás, lo mas relevante: haber enviado a una persona que no supo manejar la situación y que no podía actuar como médico.-

No es, entonces, una mera infracción administrativa, sino una situación grave y sus resultados están a la vista.-

Quizás una de las situaciones mas graves que puede acontecer, desde que la empresa con quien se contrata una prestación de salud terceriza sus servicios en otra, que envía a atender una situación grave (que ella misma calificó de código rojo) a un profesional incompetente y que, además, no estaba en condiciones de ejercer la medicina.-

Ahora, la quejosa pretende escudarse en un supuesto principio de personalidad de la pena, sin advertir que -según lo establece el art. 52bis antes aludido- "**cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan**".-

Y me parece adecuado que así sea.-



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Aquí lo importante es que la quejosa (empresa de primera línea, que se había obligado contractualmente a prestar el servicio a la actora y su familia -entre quienes estaba el difunto-) se valió, para cumplir con su parte del contrato, de otra empresa, la cual envió a una persona que no estaba en condiciones de ejercer la medicina y que, en los hechos, no supo hacerlo.-

El incumplimiento (de ambas) es gravísimo y costó la vida de una persona.-

Consecuentemente, me parece no solo legal (art. 52bis cit.) sino también axiológicamente valioso que ambas lleven la multa de manera solidaria.-

Es que quien debió, principalmente, cerciorarse de la calidad e idoneidad de la empresa de quien iba a valerse para dar los servicios a sus afiliados es Swiss Medical S.A. y no puede desentenderse de lo que haga, luego, aquella empresa que seleccionó para tercerizar sus servicios.-

Siendo aquí, desde mi punto de vista, donde la multa va a cumplir su finalidad principal en orden a que, en el futuro, la elección (y control) sea hecho con mayor cuidado y diligencia.-

Entiendo, entonces, que estas quejas también deben repelerse.-

Es el momento de abordar los daños de UCM SRL en relación a la procedencia de la sanción a su respecto.-

A la situación de autos, ya me he referido y en cuanto a la solidaridad de ambos prestadores frente al damnificado también.-

Viene a decir la quejosa en sus agravios que cumplió su deber de control respecto del co demandado Olguin Avila.-

Pues bien, si lo hubiera hecho, hubiera advertido que carecía de las condiciones habilitantes para el ejercicio de la medicina.-



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

De hecho, en ningún momento alegó siquiera cuál habría sido el engaño de parte del co demandado Olguin Avila hacia su persona (vgr. falsificación de credenciales o algo similar).-

Al contestar demanda, su defensa en cuanto a los daños punitivos giró en torno a generalidades, citas normativas que no hacen a la cuestión (algunas atinentes a la responsabilidad de la aseguradora) y poco mas -ver fs. 155/vta.-.-

De este modo, el incumplimiento de las obligaciones a su cargo es claro, pues fue la co demandada quien envió a la emergencia a este profesional, que no estaba habilitado para ejercer.-

Por cierto, siendo una empresa encargada de la prestación del servicio de ambulancias, el contralor sobre las personas a quienes envía a cubrir las emergencias debería ser el adecuado.-

Consecuentemente, dada su posición frente a los hechos y de acuerdo con lo preceptuado por el art. 52bis antes citado, entiendo que ha sido adecuada la imposición de la multa por daño punitivo a su respecto.-

Luego pasan a quejarse ambas recurrentes de la cuantificación de la multa.-

El tema de la cuantificación de los montos por daños punitivos es complejo y lo hemos abordado en esta Sala con anterioridad.-

Se decía en la Causa MO-7262-2015 R.S. 218/2017 cuando se pretendía la cuantificación del rubro mediante el uso de una fórmula matemática que **"la tesis del apelante está siguiendo alguna jurisprudencia que se ha expedido sobre el particular (C. Civ. y Com. Bahia Blanca, sala 1º, 20/4/2017, "Peri, Daniel Alberto contra Banco Supervielle S.A. y otro sobre daños y perjuicios")**

Allí el Dr. Peralta Mariscal (que quedó en minoría) sostuvo una posición como la que esboza el apelante, mientras que sus



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

colegas -en tesis que comparto- optaron por la no utilización de la fórmula matemática pretendida; sus razones son elocuentes y voy a reproducirlas aquí:

"Disiento de lo que se propone respecto de la multa aplicada como "daño punitivo". Como hube señalado recientemente en el Expte. 147273, "Aparicio Leandro c/ Telefónica de Argentina", su determinación se complica desde el vamos por la naturaleza híbrida de la figura y la poca claridad del legislador al perfilarla. Se trata, indudablemente, de una sanción o pena civil -el texto del art. 52 bis la define como "una multa civil a favor del consumidor"-, por lo que como toda sanción, ha de guardar una razonable adecuación o proporcionalidad con la gravedad de la falta cometida. A mayor lesión mayor castigo y viceversa. Claro que la pena -toda y cualquier pena- tiene también una inherente función disuasoria. No solo se busca castigar, sino también disuadir al infractor -y a quienes pudieran llegar a serlo- de reiterar conductas como la sancionada. Y a este respecto, desde una mirada que privilegie la eficiencia, se afirma que esa función preventiva sólo se satisface cabalmente si el monto de la pena es tal, que implique internalizar el costo social oportunamente cargado a todos los demás lesionados que ya se ha calculado no van a reclamar (v. COOTER, Robert y ULEN, Thomas, Derecho y economía, Fondo de Cultura Económica, ps. 442/447).

La pregunta pertinente es, entonces ¿Cuánto de retribución puramente sancionatoria, y cuánto de disuasión preventiva "eficientista", tiene la figura que el legislador acuñó en el art. 52 bis de la ley 24240?

Mas allá de los anhelos que se hayan expresado en los fundamentos del proyecto u otros antecedentes de su sanción, y de las entusiastas conclusiones que se vierten en los congresos nacionales e internacionales, si nos detenemos en el texto concreto de esa regla, advertimos que parece privilegiar,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

claramente, la primera finalidad por sobre la segunda. Al punto que esta última ni siquiera figura, expresa y específicamente, entre las pautas a tener en cuenta para determinar la pena. Efectivamente, se enuncia allí que "el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso" (El destacado en negrilla me corresponde).

Es decir, que el único criterio recogido "expressis verbis" en la ley, es el de la proporcionalidad entre la entidad de la multa y la gravedad del hecho. La internalización de los costos sociales que el proveedor impone a los consumidores, al calcular que la responsabilidad eventualmente asumida será solo una fracción del daño efectivamente causado, debería entenderse -en el mejor de los casos- incluida en el cajón de sastre de las "demás circunstancias del caso".

La idea de que prevalece la finalidad sancionatorio retributiva proporcional al agravio causado al consumidor reclamante, aparece reforzada por la circunstancia de que la multa se impone "a favor del consumidor", en vez de tener un destino social o colectivo, o por lo menos mixto.

Repárese, en cambio, la diferencia que se advierte entre el texto actualmente vigente, y el que fuera frustráneamente proyectado como nuevo art. 52 bis -en línea con el también proyectado art. 1714 del Código Civil y Comercial- que finalmente no vio la luz: "Sanción pecuniaria disuasiva. El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos del consumidor. Su monto se fija prudencialmente tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañado, y la posible existencia de otras sanciones penales o



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

administrativas. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada" (La negrilla nuevamente me corresponde).

Como bien se advierte, aquí sí aparecen contemplados en pie de igualdad ambas finalidades, la sancionatoria en función de "la gravedad de la conducta del sancionado", y la disuasiva sobre la base de "los beneficios que obtuvo o pudo obtener". En concordancia con ello, en el texto proyectado era el juez quien asignaba el destino de la multa por resolución fundada, con lo que no tendría por qué revertir la misma -enteramente, al menos- en favor del consumidor individual reclamante.

Luego, si al menos de "lege lata", prevalece la finalidad sancionatorio retributiva de la multa -que reclama, entonces, inexorablemente, su adecuación proporcional con "la gravedad del hecho" por imperio del mismo texto legal considerado, y de una restricción deontológica de fuente constitucional como el "principio de razonabilidad"-el monto fijado en primera instancia, e incluso el menor propuesto por el estimado colega que me precede, se revelan excesivos.

No paso por alto, claro, que esos guarismos surgen de la aplicación de una fórmula que, supuestamente, dotaría de objetividad y transparencia a su determinación. Me permito poner en duda ese aserto. No porque cuestione el valioso auxilio que las técnicas de matemática financiera pueden prestarnos a la hora de establecer, por ejemplo, el quantum indemnizatorio que corresponde determinar en los casos de muerte o incapacidad permanente. Al igual que el colega, he defendido y utilizado esas herramientas sin vacilación alguna a lo largo de toda mi carrera como juez, tanto en primera como en esta segunda instancia. En ese entendimiento, he aplicado la conocida fórmula polinómica que permite obtener el valor presente de una renta futura no perpetua, porque estoy convencido de que su empleo -ahora devenido deber funcional a partir de lo prescrito



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

por el art. 1746 del CCiv.Com constituye el medio más idóneo para evitar la arbitrariedad judicial, en tanto explicita clara y objetivamente las variables consideradas y el cálculo efectuado, garantizando de ese modo el mas pleno ejercicio del derecho de defensa en juicio de todos los involucrados (v. ACIARRI, Hugo e IRIGOYEN TESTA, Matías, "La utilidad, significado y componentes de las fórmulas para cuantificar indemnizaciones por incapacidades y muertes", en LL-2011-A, ejemplar del 9/02/2011).

Claro que las inapreciables virtudes que se derivan de la utilización de esa fórmula, no asientan solo en la adecuada composición de su estructura algebraica, sino también -y necesariamente-, en el muy razonable grado de certeza con que pueden precisarse sus variables. Así, para los ingresos perdidos por la víctima -o por los familiares a los que proveía sustento-, partimos de los que se encuentren debidamente acreditados en el expediente, o en su defecto, del valor actual del salario mínimo, vital, y móvil. Si no es el caso de muerte, computamos el porcentaje de incapacidad parcial y permanente que haya sido establecido en la pericia médica rendida en la causa, controlado sobre la base de los baremos usualmente aplicables desde hace muchísimos años. La expectativa de vida probable de la víctima, nos es suministrada por las tablas estadísticas de mortalidad que confecciona y actualiza el INDEC con cada censo poblacional, discriminando esa información por sexo, edad y provincia involucrada.

Por último, la tasa de interés histórica y tradicionalmente empleada fue la del 6 % anual, pero hace ya muchos años que -al menos en nuestro caso- venimos computando una del 4 %, dada la realidad del mercado financiero nacional e internacional.

En este escenario, la discrecionalidad del juzgador es mínima, y la garantía del derecho de defensa máxima. Porque los



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

litigantes y sus letrados, no solo pueden reconstruir el modo en que se arribó a la cifra final del monto indemnizatorio fijado, sino que además -y en esto asienta lo nuclear de esa tutela- pueden perfectamente impugnar ese resultado, cuando el mismo no se ajusta al corolario matemático forzoso de las variables ciertas que corresponda computar en cada caso.

II. Como he señalado recientemente en el Expte. 146984 "Castaño, María Alejandra c/ Banco Credicoop Cooperativo Ltda. s/ daños y perjuicios", no hace falta argumentar demasiado para advertir que en el supuesto de la fórmula que se propone para determinar la multa por daño punitivo, la situación es harto diferente, al punto de ubicarse en sus antípodas. No porque la fórmula esté mal estructurada, pero tampoco porque se presente "un problema jurídico". El verdadero y único problema -pero ;qué problema!- es estrictamente fáctico, y consiste en la absoluta orfandad informativa acerca de las magnitudes concretas con que deben reemplazarse las variables abstractas de esa fórmula.

Para empezar, no tenemos la menor idea de cuántos episodios como el que motiva este juicio se presentan en algún período determinado -por ejemplo anualmente-, en relación a un cierto universo de clientes de bancos. ¿Serán 1 de cada 1000, de cada 10000, de cada 50000 clientes? No lo sabemos. ¿Y cuántos de esos indeterminados afectados que no consienten el atropello, pasa de la mera protesta verbal a un reclamo más formal? (hace una presentación escrita ante el banco; envía una carta documento con el asesoramiento de un letrado; ocurre por ante algún organismo de defensa del consumidor; etc): tampoco lo sabemos. A su turno, ¿cuántos de estos desconformes activos, deciden dar un paso más y formular un reclamo judicial? Otro misterio. ¿Tenemos, acaso, estadísticas confiables y disponibles, acerca del porcentaje de condenas judiciales que se pronuncian en reclamos de consumidores contra bancos, en supuestos similares o asimilables al de autos? Tampoco. ¿Y en cuántas de esas



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

ignoradas condenas se aplican, además, daños punitivos? Menos que menos.

¿Para qué seguir? En este contexto de absoluta incerteza, decir que ocho personas de cada diez estaría dispuesta a iniciar un juicio, es una afirmación tan azarosa y al mismo tiempo tan válida como decir cuatro de cada diez, seis de cada diez o nueve de cada diez. Lo propio ocurre con la probabilidad de que a la condena principal se añada otra por daño punitivo. ¿De dónde sale el 50 %? ¿Por qué el 50 y no el 33, el 29, el 64 o el 72 %? Nadie puede impugnar, fundadamente, ninguna de esas -u otras imaginables- magnitudes, y nadie puede defenderlas, tampoco, fundadamente. A su turno, nadie puede resolver, fundada y objetivamente, quién tiene razón.

Si para muestra basta un botón, la tenemos acá mismo. Aplicando la misma e idéntica fórmula, la señora juez de primera instancia arribó a la suma de \$ 450000, en tanto que mi colega deriva, de ese cálculo, la suma de \$ 180000 (¿?). El premio consuelo de que al menos se puede reconstruir el modo en que se arribó a ese fatalmente discrecional resultado, es bien poca cosa. ¿De qué sirve reconstruirlo si después no puede impugnarse fundadamente, sobre bases objetivas, cognoscibles y compartibles?

Si acudo a un restaurante a cenar y resulta que la carta no consigna el precio de los platos principales, ni el de los postres, ni el de las bebidas, ni el del servicio de mesa, siendo también imposible determinarlo con alguna certeza acudiendo a una fuente externa, las expectativas recíprocas del dueño del comercio y las mías propias al respecto, quedarán libradas a las personales, subjetivas y azarosas estimaciones que se nos ocurran. Así las cosas, al momento de pedir la cuenta, de nada me valdrá disponer de la fórmula algebraica de la suma para impugnar, fundadamente, su monto. Porque yo sumaré mis propias estimaciones y el dueño del restaurante las suyas. Y ningún



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

tercero llamado a resolver el entuerto podrá componerlo aplicando las matemáticas.

Desde luego aprecio la preocupación y el esfuerzo de mi distinguido colega por dotar de justificación objetiva a una determinación discrecional. Pero no advierto que se logre sobre la base de una fórmula matemática, cuyas variables dependen, en última instancia, de la subjetiva e inprobable estimación discrecional de quien la aplica. Si para evitar la discrecionalidad recurrimos a una fórmula matemática, pero luego resulta que todas sus variables son pura y absolutamente discretionales, la discrecionalidad que expulsamos por la puerta habrá reingresado encubiertamente por la ventana. Se trata, entonces, de la misma y nuda discrecionalidad, pero bajo una fachada ilusoria de justificación objetiva. Y ello, en mi opinión, flaco favor le hace a la bienvenida utilización de las herramientas matemáticas en el derecho.

III. Descartada, entonces, la utilización de la fórmula propuesta por mi colega, solo nos queda ejercer esa discrecionalidad, atendiendo a "la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso" -que son las únicas y raquíticas pautas contenidas en el art. 52 bis de la ley 24240-, a las que pueden añadirse otras formuladas por la doctrina para especificarlas, y que resultan de la finalidad misma del instituto (arts. 1 y 2 CCiv.Com).

Sobre la gravedad que reviste la conducta del demandado y demás circunstancias que jalonaron el mortificante peregrinaje del actor, nada puedo agregar a la ajustada valoración que ya hizo el apreciado colega que formula la ponencia inicial de este acuerdo. Aduno que en este caso, la magnitud del daño individual tiene una entidad intermedia, superior a esos microdaños ínfimos que minimizan el riesgo de litigación individual y justifican, entonces, una abultada multa proporcional al elevado costo social cuya satisfacción



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

evita el sancionado. Al mismo tiempo, debe ponderarse, también, que se trata de un importante banco privado con presencia en todo el país.

Finalmente, entiendo que no puede dejar de considerarse, en alguna medida, lo que el propio demandante requirió tres años y medio atrás, porque aunque haya hecho la usual reserva de que estaría a lo que en más o en menos resultara de la prueba a producirse, y aun computando la particular naturaleza sancionatoria y preventiva de la figura, no puede olvidarse que se trata de la estimación del propio agraviado y destinatario final del importe que se fija".

Comparto lo allí señalado y, trasladado al caso, vemos que toda la ecuación que formula el quejoso, es llevada a cabo basándose en datos que no encuentran mayor apoyatura en las constancias de la causa sino en las propias afirmaciones (unilaterales) del recurrente".-

O sea, no existen pautas matemáticas para efectuar la cuantificación (sencillamente porque en este tipo de procesos carecemos de ella), sino que debemos operar con apoyatura en las circunstancias del caso, y especialmente en la gravedad de la situación.-

Pues bien, a la luz de lo expuesto, lo que tenemos para valorar es que: - Swiss Medical S.A. es -como resulta de conocimiento público y notorio- una empresa de primera línea en el ramo; - UCM, por su parte, es una empresa que se dedica a los servicios de ambulancias; - el incumplimiento en análisis causó la muerte de una persona; - esa muerte tuvo lugar en un contexto en el cual fue enviado para atender una situación de emergencia (calificada como de código rojo) un médico que no supo como manejarla y confundió un infarto con un estado de nerviosismo; - ese médico que fue enviado no estaba en condiciones de ejercer la medicina legalmente; - las consecuencias de esto están a la vista: la co actora quedó viuda



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

(sin su compañero de toda la vida), los hijos (mayores) perdieron a su padre, la viuda y una de las hijas padecieron una incapacidad psíquica y deben hacer tratamiento.-

Sentado ello, y en el contexto descripto, si lo que se busca es que la misma opere para evitar situaciones similares la cuantía de la multa (en comparación con la envergadura de ambas empresas) no me parece para nada elevada, sino mas bien reducida; pero desde que la actora no ha apelado esta cuantificación, entiendo que debemos confirmarla.-

Luego, y por todo lo que llevo dicho, deberá confirmarse este aspecto de la sentencia.-

d) Intereses

La actora se queja de la tasa de interés establecida, pretendiendo la aplicación de la tasa pasiva digital.-

Entiendo que el agravio no es de recibo, por las precisiones que a continuación realizo.-

Si bien, hasta el momento de celebrarse el Acuerdo nro. 839 de este Excelentísimo Tribunal, me había venido inclinando por la aplicación de la tasa pasiva digital (o la más alta, dependiendo del tenor de los agravios) informada por la banca provincial, a partir de dicho Acuerdo me plegué a la postura de aplicar la tasa pura (6%) establecida por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en los casos "Vera" y "Nidera".-

Así lo hice por varias razones.-

En primer término, porque dicha postura se había tornado mayoritaria en el seno de esta Excelentísima Cámara.-

Por lo demás, se tornaba -desde mi punto de vista- necesaria la unificación de posturas entre las diversas Salas de este tribunal (dos de ellas desintegradas, por vacancias), para permitir a los justiciables, profesionales e incluso a los órganos judiciales de la instancia previa, tener pautas certeras y uniformes acerca de la orientación jurisprudencial



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

de la Excelentísima Cámara como tribunal de Alzada.-

Viene cierto que ello podría haberse logrado a través del mecanismo del art. 37 de la ley 5827 (donde cada integrante de la Cámara explicitara su criterio personal), pero indudablemente hubiera implicado una demora considerable, carente de sentido cuando -a la luz de lo dicho en el párrafo anterior- tal postura se había tornado mayoritaria en el seno del tribunal.

Amén de ello, hay otra circunstancia.-

Como lo he venido resaltando en mis votos hasta ahora, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires se expidió en tales precedentes ("Vera" y "Nidera" del año 2018) sin que luego volviera a fallar sobre la cuestión (al menos por lo que he podido recabar en el sistema de búsquedas JUBA).

Esta circunstancia generó las (a mi modo de ver) razonables cavilaciones en cuanto a los alcances de dicha doctrina, mas aun frente al paso del tiempo sin que volviera a reiterarse.

Con todo, la postura adoptada por la Suprema Corte en "Vera" y "Nidera" se ha tornado abrumadoramente mayoritaria en el ámbito de nuestra provincia (ver, **entre infinidad de otros**, C. Civ. y Com. Junin, 4/6/2019, "Salgado Mirta Mabel C/ Correa Roberto Javier S/ Daños Y Perj."; C. Civ. y Com. Dolores, 11/6/2019, "Calabrese, Silvia Graciela C/ Rojas, María Mercedes Y Otro/A S/ Daños Y Perj."; C. Civ. y Com. Necochea, 10/9/2019, "Berrier, Martín C/Copercido, Isabel Susana y Otras/Daños y Perjuicios"; C. Civ. y Com. Azul, sala 2°, 19/9/2019, "Bilotto, Analía C/ Materiales Rurales El Quebracho S.A. y otros/ daños y perjuicios"; C. Civ. y Com. Pergamino, 16/9/2019, "Scornavacche Veronica Teresa Y Otro/A C/ Ulman Agustin Y Otro/A S/ Daños Y Perj."; C. Civ. y Com. San Nicolas, 21/11/2019, "Sánchez, Juan José C/Caviglia, Ricardo Enrique Y Otros S/Daños Y Perjuicios"; C. Civ. y Com. La Matanza, sala 2°, 21/11/2019, "Carrizo Adelaida Isabel C/ Nuevo Ideal S.A. y otros s/ daños



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

y perjuicios"; C. Civ. y Com. San Isidro, sala 3°, 10 /12/2019, "Lavalle, Ana Irene y otro c/ Bernal, Horlando y otro s/ daños y perjuicios"; C. 2° Civ. y Com. La Plata, sala 2°, 17/12/2019, "Ferro Alejandro Dario c/ el Trigo sa y ot. S/ daños y perjuicios").

Así, la existencia de esos dos fallos ha generado -en la práctica- una uniformidad de criterios (casi absoluta) en los órganos judiciales de la Provincia de Buenos Aires.

Luego, aunque el Alto Tribunal no hubiera vuelto a expedirse sobre el tema, en la praxis la función uniformadora casatoria parece haber sido cumplida.-

En este contexto, y desde mi punto de vista, no resulta razonable (ni acorde a un bien entendido principio de igualdad) que el suscripto siga manteniendo una postura que, a la fecha, resulta minoritaria no solo en el ámbito interno de esta Excelentísima Cámara, sino también en el de toda la Provincia de Buenos Aires.-

Hacer lo contrario conllevaría, incluso, mayores complicaciones para los litigantes y demoras en los procesos, al generar el tránsito de expedientes hacia la Suprema Corte de Justicia para dirimir la cuestión.

He considerado, entonces, plegarme a la tesis mayoritaria, ello -claro está- sin perjuicio de lo que en el futuro pudiera actuar, y decidir, en el caso de expedirse la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en un sentido diverso de aquel que aquí estamos sosteniendo.

Consecuentemente, y por las razones ya dadas, acudiendo a la solución adoptada por la casación local en "Vera" y "Nidera", considero se habrá de confirmar este aspecto del fallo.-

Siguiendo con los agravios vinculados con los intereses, tenemos también un planteo de la co demandada Swiss Medical S.A. y su aseguradora, en el que entiendo que le asiste razón.-



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Y es en lo tocante a los intereses sobre el daño punitivo.-

Es que, dada la naturaleza constitutiva de la decisión, no puede considerársela morosa en el pago sino hasta que transcurra el plazo para abonarlos, y ello será una vez que quede firme la sentencia.-

De hecho, por ejemplo, durante todo el lapso corrido desde que se notificó el fallo de primera instancia hasta este momento que estamos tratando su recurso, no correspondería el aditamento de intereses, pues la multa aun no se encuentra firme.-

Consecuentemente, y por lo que llevo dicho, deberá modificarse el fallo y dejar establecido que los intereses, en relación a los daños punitivos, deberán computarse desde que el momento en el que quede firme la decisión de primera instancia (ante la falta de objeción de la presente o, en su caso, se resuelvan los recursos que respecto de esta decisión pudieran interponerse).-

e) Costas

La co demandada Swiss Medical S.A. y su garante se quejan de la imposición de costas, haciendo alusión al rechazo de parte del reclamo de la co actora Sandoval.-

Desde esta Sala hemos señalado que la imposición de costas sigue, en nuestros procesos, el criterio objetivo, de inspiración chiovendana y recepción normativa en el art. 68 del CPCC.-

Por lo demás, hemos señalado también que el solo hecho de que alguno de los rubros no hubiera prosperado o que la demanda se admitiera por un monto menor al pretendido no le quita a la parte demandada la calidad de vencida (esa Sala en causa nro. 47.634 R.S. 5151/03, 63.255 R.S. 4/13, 19.871 R.S. 304/13, entre infinidad de otras en igual sentido).-

Luego, habiendo prosperado la demanda en lo principal (condenándose a ambas accionadas) el hecho de que se hubiera



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

desestimado uno de los rubros, no le quita la quejosa el carácter de objetivamente derrotada y, por ello, la imposición de costas que porta el fallo apelado es correcta, desde mi punto de vista.-

Tampoco son de recibo las quejas del co demandado Olguin Avila al respecto.-

Sin perjuicio de destacar que sus quejas aquí bordean la insuficiencia, igualmente las abordo.-

Y así he de señalar que, respecto del nombrado, la demanda ha prosperado, con lo cual reviste el carácter de innegablemente vencido.-

Sin que incida en tal circunstancia la eventual existencia de un vínculo laboral, porque aquí se lo ha condenado por hechos relativos a la incorrecta prestación de sus servicios como médico, y el hecho de que pudiera haber otros responsables, no le quita a este co demandado el carácter de vencido y, por tal, correcto adjudicatario de las costas procesales.-

Propondré, entonces, se confirme la imposición de costas que contiene el fallo apelado.-

f) Comunicación al Tribunal de Etica del Colegio Médico

Se agravia el co demandado Olguin Avila de esta parcela del fallo.-

Entiendo que no le asiste razón.-

Es que, de acuerdo con lo establecido por los arts. 27, 45, 46 y 51 del Dec. Ley 5413/58, frente a la situación aquí advertida, será el Colegio Médico el encargado de analizar si la conducta del recurrente implica, o no, alguna infracción sancionable.-

El magistrado se limita, en la advertencia de las situaciones aquí ampliamente analizadas, a cursar la comunicación, para que el Colegio, dentro de su competencia, actúe lo que corresponda.-

Aquí no se violenta ningún "principio de culpabilidad" como dice el apelante en sus agravios, ni incide en la emisión



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

de dicho comunicado ninguna de las cuestiones a las que alude el quejoso: la comunicación se cursa ante la advertencia de que él ejerció la profesión médica sin encontrarse matriculado.-

Luego, las consecuencias desde el punto de vista de la ética profesional, deberá analizarlas el Colegio, competente al efecto.-

Por ello, entiendo que debe confirmarse también este aspecto de la decisión.-

IV.- CONCLUSION

Si mi propuesta es compartida se deberá modificar la sentencia apelada en cuanto a las sumas fijadas en concepto de pérdida de chance para la co demandada Vertullo, la que deberá elevarse a la suma de \$1.200.000 y por daño moral, que deberá elevarse a las sumas de \$800.000 para cada uno de los hijos y \$1.000.000 para la viuda; confirmando la imposición de una multa por daño punitivo en la suma de \$3.000.000; asimismo se deberá modificar el fallo en cuanto al cómputo de los intereses sobre dicho rubro, los que deberán calcularse desde que el decisorio adquiriera firmeza; confirmándola en todo lo demás que decide, y ha sido materia de agravio.-

En cuanto a las costas de Alzada, teniendo en cuenta el resultado propuesto para los recursos, deberán quedar impuestas en un 5% en cabeza de la actora y en un 95% en cabeza de los demandados y la citada en garantía, teniendo en cuenta el resultado propuesto para los recursos (arts. 68 y 71 del CPCC).-

Y la regulación de honorarios profesionales habrá de diferirse.-

Lo expuesto me lleva a votar en la cuestión propuesta

PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA

A LA CUESTION PROPUESTA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR JORDA, dijo:

Adhiero en un todo al voto que antecede, no sin hacer alguna aclaración conceptual tanto en lo que hace a la tasa de interés.-



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

A partir del voto emitido en la causa 68.355 de la Sala I de esta Excma. Cámara civil y Comercial la apreciación de la actual realidad económica, bajo el prisma del derecho constitucional a la reparación integral, me convencieron acerca de la pertinencia de aplicar la tasa pasiva más alta que abona el Banco de la Provincia de Bs. As. en sus operaciones a 30 días. Dicho temperamento fue adoptado en consonancia con la doctrina acuñada en el tópicó por la Suprema Corte de Justicia provincial (causa "Cabrera", el 15 de junio de 2016, C. 119.176).

Empero la actual configuración del escenario económico me ha llevado a evaluar la razonabilidad de las soluciones propiciadas en los términos aludidos. Ello, más allá, de que en mi opinión los pronunciamientos dictados por el Superior -causas 120.536 y 121.134- no traducen un prístino abandono de su criterio delineado en la materia referenciada.

En efecto, si a la cuantificación de los rubros resarcitorios, que ostentan el carácter de obligación de valor, se efectúa a valores actuales la aplicación de la tasa pasiva más alta, desde la fecha del acto ilícito, torna irrazonable el monto que se justiprecia. Duplicando, o incluso triplicando en muchos casos el monto de condena; al punto que los accesorios superan en demasía el importe del capital.

Ello obedece esencialmente al hecho de que la tasa pasiva bancaria contiene componentes, tales como la consideración de la pérdida del valor adquisitivo del dinero por el fenómeno inflacionario, los gastos operativos, y las exigencias del encaje bancario (ver, en este sentido, el voto del Ministro Soria en la causa B. 63.460).

Vengo sosteniendo que la funcionalidad de los intereses moratorios se encuentra circumscripta a la reparación del daño que sufre el acreedor, a raíz de no contar con el dinero desde el nacimiento del crédito; y no a enjugar la eventual pérdida de poder adquisitivo, a la que estaría expuesto el monto de la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

condena como consecuencia del proceso inflacionario (arg. artículos 622, 623 y concordantes del Código Civil; 7 y 10 de la ley 23.928, su doc.; mis votos, Sala II, causa 55546, Sala III, causa 41.190 entre muchos otros).

Así las cosas si la teleología de los intereses moratorios no es otra que resarcir la privación del uso del capital de condena fijado a valores actuales, aplicar la tasa pasiva más alta desde la fecha del hecho ilícito equivale a conceder un plus resarcitorio -una suerte de "sobre indemnización"- que a la postre no es otra cosa que consagrar una solución que colisiona con el principio de razonabilidad económica (arg. artículos del Código Civil y Comercial).

La realización del derecho a la reparación integral, de raigambre constitucional, debe lograrse por medios legítimos, adecuados y proporcionales; de modo que aquella no puede ser fruto de meros cálculos aritméticos, desvinculados de la realidad económica en la que se inserta su ejercicio (arg. artículos 17, 19, 28 y concordantes de la Constitución Nacional; conf. doctrina sentada por la CSJN, Fallos 313:896; 327:508, entre otros).

En la especie, el cálculo que se efectúa mediante la aplicación de la tasa pasiva más alta -al momento la denominada BIP- conlleva prácticamente triplicar el capital de mentas (ver "cálculos de intereses en línea", www.scba.gov.ar).-

Va de suyo, conforme a las directrices conceptuales esbozadas anteriormente, que dicho resultado se aprecia como desproporcionado, prescindente de la realidad económica y conculcatorio de la proscripción del enriquecimiento sin causa (arg. artículos 953, 1071 y concordantes del Código Civil; 726, 9, 10 del capítulo 3 del Título Preliminar del Código Civil y Comercial, su doc.).-

En orden a lo manifestado, pues, estimo económicamente adecuado el interés establecido en el decisorio cuestionado.-



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Con tales aclaraciones conceptuales, compartiendo todos los restantes aspectos del voto anterior por sus mismos fundamentos, adhiero al mismo votando

PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA

Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente:

S E N T E N C I A

AUTOS Y VISTOS: CONSIDERANDO: Conforme al resultado obtenido en la votación que instruye el Acuerdo que antecede, ***SE MODIFICA*** la sentencia apelada en cuanto a las sumas fijadas en concepto de pérdida de chance para la co demandada Vertullo, la que ***SE ELEVA*** a la suma de \$1.200.000 y por daño moral, que ***SE ELEVAN*** a las sumas de \$800.000 para cada uno de los hijos y \$1.000.000 para la viuda; ***CONFIRMANDO*** la imposición de una multa por daño punitivo de \$3.000.000; asimismo ***SE MODIFICA*** el fallo en cuanto al cómputo de los intereses sobre dicho rubro, los que deberán calcularse desde que el decisorio adquiriera firmeza; ***CONFIRMANDOLA*** en todo lo demás que decide, y ha sido materia de agravio.-

Costas de Alzada, en un 5% en cabeza de la actora y en un 95% en cabeza de los demandados y la citada en garantía (arts. 68 y 71 del CPCC).-

SE DIFIERE la regulación de honorarios para su oportunidad.-

REGISTRESE. NOTIFIQUESE, DEJANDOSE EXPRESA CONSTANCIA QUE EL DICTADO DE LA PRESENTE NO IMPLICA HABILITACION DE TERMINOS Y QUE LOS PLAZOS PERTINENTES COMENZARAN A CORRER UNA VEZ QUE SE LEVANTEN LAS SUSPENSIONES DISPUESTAS POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA PROVINCIAL. Oportunamente, DEVUELVASE.-

REFERENCIAS:

Funcionario Firmante: 02/04/2020 10:19:13 - GALLO José Luis



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

(jose.gallo@pjba.gov.ar) -

Funcionario Firmante: 02/04/2020 10:23:36 - JORDÁ Roberto Camilo
(roberto.jorda@pjba.gov.ar) -

Funcionario Firmante: 02/04/2020 10:27:27 - QUADRI Gabriel Hernan
(gabriel.quadri@pjba.gov.ar) -

236700416016639015

**CAMARA DE APELACION EN LO CIVIL Y COMERCIAL SALA II -
MORON**