En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de mayo del año dos mil veintidós, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones con la Presidencia del Dr. Julián Emil JALIL y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara Dr. Guillermo Daniel HANSEN y Dr. Heraldo Enrique FIORDELISI para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"C. E. F. y Otros C/ T. W. H. S/ Daños y perjuicios" (Expte. N° 287 - Año 2021)** venidos del Juzgado Civil y Comercial (Expte. N° 172/17), en apelación. Los magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTIÓN:** ¿Es justa la sentencia apelada?; **SEGUNDA CUESTIÓN:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en el orden sorteado.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil JALIL dijo:

1.- Antecedentes del caso. A fs. 319/327 la Sra. Jueza de grado dictó sentencia definitiva la que fue apelada a fs. 328 por la parte actora, habiendo sido el recurso concedido libremente a fs. 329.

A fs. 342/344 obran lo agravios en los que se funda el recurso, y a fs. 346/347, luce la contestación de los mismos, presentada por el demandado y la citada en garantía.

2. La sentencia. En su parte dispositiva, la sentencia puesta en crisis resolvió fallar lo siguiente: "1) Rechazar la demanda entablada por los Sres. E. F., C., por sí y en representación de su hermana menor V. N. P., K. A. C., A. A. C. y A. F. C., este en representación de su hijo menor de edad M. N. C., contra W. H. T. 2) Imponer las costas a la parte actora perdidosa. Regular los honorarios profesionales del Dr. L. A. N., letrado apoderado del demandado T., en el 18 %, los del Dr. L. A. N., letrado apoderado de la citada en garantía S. C. A. de S. SA, en el 18 %, los de las Dras. M. A. V. y N. E. S., letradas

apoderada y patrocinante de la parte actora en el 14%, en conjunto y proporción de ley y los del Perito Médico M. J. T. en el 5%, de la suma que resulte en definitiva, en tanto sean superiores a los mínimos legales, conforme valor del JUS a la fecha de este pronunciamiento, debiendo adicionarse el IVA si correspondiere".

De manera preliminar, la sentencia puso de relieve que la cuestión sería decidida por el Código Civil en razón de la fecha en la cual se produjo el hecho por el cual se interpuso la demanda de daños.

Para así decidirlo, la jurisdicción sostuvo que en materia de responsabilidad médica, es quien acciona quien debe acreditar la concurrencia de los elementos que determinan la procedencia de la indemnización, siendo especialmente relevante la conducta del G., que debe transitar la senda de la imprudencia o la negligencia (Conf. artículos 509 y 1109 del CC). El quehacer médico se traduce en la exigencia de diligencia, en el marco de las obligaciones de medio, bastando la atenta y correcta aplicación de los conocimientos a fin de reestablecer la salud del paciente.

La sentencia tuvo por acreditado que la Señora A. fue atendida por el médico T. desde noviembre de 2014 hasta febrero de 2016, y que -de acuerdo a la historia clínica-, dicho período de tiempo debe ser dividido en dos segmentos: el primero va desde el 4 de noviembre de 2014 al 4 de agosto de 2015; el segundo desde el 4 de agosto de 2015 hasta el 3 de febrero de 2016.

A resultas de su valoración de la prueba rendida, el pronunciamiento sostuvo que en el primer segmento temporal la atención no fue mala o deficiente; en tanto que en el tramo siguiente no se habría probado que exista una conexión causal entre el actuar del médico T. y el agravamiento de la enfermedad que aquejó a la Señora A., y, menos aún que la intervención quirúrgica cumplida por el médico T. debiera efectuarse antes a fin de evitar el resultado final.

Se afirmó en la sentencia que, aun existiendo un diagnóstico tardío, el mismo no fue imputable al G., desde que la demora y cumplimiento de los estudios requeridos obedeció a la conducta de la parte actora, siendo ajena al accionar del demandado.

Finalmente señaló la Señora Jueza *a quo*: "…en el caso no se advierte el nexo de causa a efecto entre el actuar del Dr. T. y el agravamiento de la enfermedad, además de señalar que su actuación determinó finalmente la obtención de un diagnóstico y el inicio del tratamiento del carcinoma hallado".

3.- Los agravios de la parte actora. La recurrente planteó sus agravios conforme la siguiente síntesis.

En *primer lugar* "la sentencia no consideró la omisión negligente del G., por no tener por acreditada la relación causal entre el obrar antijurídico y el daño, desconociendo la prueba principal que es la pericia médica"

En *segundo término*, por haberse basado el pronunciamiento "en la no realización de estudios médicos por parte de la actora, los que si se realizaron y constan en el expediente".

En este orden, abunda al señalar que "La pericia oficial consta de 13 fojas tamaño oficio. En la primera, en el titulo estudios de utilidad el primero enumerado es "ECOGRAFIA GINECOLOGICA (31/10/14) QUISTE EN ANEXO" o sea que de tres estudios ordenados la actora llevo DOS. Solo que la ecografía la había hecho 4 días antes de lo que anotó el demandado en la historia clínica. Y el quiste ya existía, y el sangrado también. Ambos son, según reza la pericia de medico oficial y la del Cuerpo Médico Forense, síntomas del cáncer de cuello de útero".

Agrega en este sentido respecto del PAP que: "…éste se realiza ambulatoriamente en el consultorio del ginecólogo, y el demandado, motu propio, decidió no practicarlo, porque consideró que la actora no estaba en condiciones […] la historia de la actora hubiese tenido otro desenlace si el demandado hubiese actuado diligentemente, y le hubiera hecho ese día la prueba de Papa Nicolaou".

Reafirma su posición al considerar: "En ningún momento la sentencia menciona la perspectiva omisiva del demandado. Él tenía la obligación de actuar y no lo hizo. Estamos frente a una omisión reprochable, no a un médico especialista, sino a un buen padre de familia y una clara inobservancia al deber de cuestionar y controlar al paciente la que guarda una estricta relación causal con el desenlace producido. Esto la sentenciante no lo ve. No ve la relación de causalidad entre la omisión de la controlar al paciente y el desarrollo descontrolado de una enfermedad con un fatal final. Repito. La sentencia está basada en los dichos del demandado, y en una prueba que fue impugnada por adulterada y la adulteración está acreditada en autos. Los estudios solicitados en el 2014 constan en el expediente, también consta que de los estudios fundamentales para detectar el cáncer de cuello de útero, uno (PAP) el demandado decidió no hacerlo por no estar la actora en condiciones. No explica en su escrito de responde, por qué no estaba en condiciones, porqué decidió no hacerlo, no lo hace en la Historia Clínica. Leyendo la sentencia parecería que fue la actora la que decidió no hacerse el PAP, que fue su negligencia, pero no fue así, la decisión la tomó el demandado. Las razones, repito, están ausentes.
Los otros estudios para detectar el cáncer de cuello de útero, no fueron solicitados temporáneamente, ni extemporáneamente, no los solicitaron nunca a pesar de los síntomas: el sangrado, la edad de A. al momento de esa consulta, la anemia y el quiste. Tampoco dice por qué".

Por último, en su *tercer agravio*, argumenta que la sentencia no menciona "la adulteración ya acreditada en autos de la historia clínica, y la desaparición de la historia clínica de los Consultorios del Centro".

Con relación a este punto la expresión de agravios señaló: "…Previo al traslado de la demanda se solicitó el secuestro de la historia clínica de la actora en la Clínica S. M. y en los Consultorios del Centro. Se pidió que el secuestro sea sorpresivo, inaudita parte, para evitar que desaparezca o se falsee cualquier información que comprometa al G. Sin embargo, la jueza ordenó que el secuestro sea con el control del demandado, notificándolo días antes de llevarlo a cabo. Sucedió lo inevitable. La Historia Clínica de los consultorios del centro desapareció, y la de la Clínica S. M. fue falseada, adulterada.

4.- Metodología empleada para el tratamiento de las cuestiones. Es jurisprudencia arraigada de la CSJN que a los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino sólo aquellos que estimen pertinentes para la solución del caso, ni tampoco a ponderar todos los elementos y pruebas aportados al juicio, bastando sólo aquellos que consideren conducentes para fundar sus conclusiones. (Conf. CSJN, Fallos, t. 294, p. 466, t. 295, ps. 135, 356 y 362; t. 276, ps. 132 y 311; t. 280, p. 320 y t. 302, p. 1564 -Rep. LA LEY, t. XXXVIII, J-Z, p. 1182, sum. 20; p. 1183, sum. 21; p. 1182, sum. 20; Rev. LA LEY, t. 139, p. 764, fallo 24.057-S; t. 139, p. 617; t. 144, p. 611, fallo 27.641-S; Rep. LA LEY, t. XLII, J-Z, p. 2370, sum. 45-, entre otros; CNCiv., sala B, E. D., t. 59, p. 250 -Rep. LA LEY, t. XXXV, J-Z, p. 1670, sum. 141-; ídem, sala C, E. D., t. 59, p. 154 -Rev. LA LEY, t. 156, p. 850, fallo 31.874-S-; ídem, sala D, L. 272.208, del 2/9/82; ídem, sala E, E. D., t. 80, p. 272; ídem, sala F, L. 208.621, del 21/6/83. Asimismo: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, J., F. M., 16/02/1984, LA LEY 1984-C, 414,

AR/JUR/192/1984. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, Vieyra, Witcomb, Jorge R. c. Caisso, María M, 27/08/1982, AR/JUR/1829/1982; y jurisprudencia local: CACR, en autos: "V, J y otro c/ T. C. M. SA (M) s/ Sumarísimo", Expte. Nro. 556/15, entre otros).

Teniendo en cuenta el art. 7 de la Carta de Derechos de los Ciudadanos de la Provincia del Chubut ante la Justicia (Ley V - Nº 108), el presente acto jurisdiccional se redactará de la forma más clara y comprensible para sus destinatarios, intentando emplear una sintaxis y estructura sencilla, sin perjuicio del rigor técnico que sea necesario.

5.- Suficiencia de los agravios. Los agravios vertidos por las apelantes, refieren a la parte del fallo que ponen en crisis, e indican los errores del judicante de grado que son considerados como causa eficiente de dichos agravios, por lo tanto, constituyen una crítica suficiente, concreta y razonada de la sentencia de grado, en los términos del art. 268 del CPCC lo que habilita su estudio.

6.- Cuestión preliminar. Principio de irretroactividad de la ley. Normativa aplicable. Tratándose de una cuestión que debe resolverse mediante la legislación civil y estando en vigencia el Código Civil y Comercial (Ley 26.994) al momento de suscripción del presente acto jurisdiccional, corresponde precisar que si bien la normativa de ese cuerpo establece la regla de aplicación inmediata del nuevo ordenamiento, a su vez instala, -al igual que lo hacía el art. 3 del Código derogado-, un límite a su aplicación retroactiva.

En este marco, la novel codificación rige para los hechos posteriores o aquellos que se encuentren en curso de ejecución. Las consecuencias de hechos pasados constitutivos de relaciones o situaciones jurídicas, como el

que se analiza en este caso, quedan sujetos a la ley anterior (Ley 340), pues se trata de una situación jurídica consumada. (Ver: mis trabajos: JALIL, Julián Emil. "*La aplicación del nuevo Código Civil y Comercial en la función resarcitoria de la responsabilidad civil. Desentrañando los enigmas de la implementación del art. 7 del Código Civil y Comercial*", Ed. La Ley, RCyS 2015XI, 22 AR/DOC/3240/2015. Y Asimismo: JALIL, Julián Emil, "*La aplicación del art. 7 del Código Civil y Comercial y su impacto en el sistema de responsabilidad civil"*, Ed. La Ley, RCCyC, 2015 (octubre), 151, AR/DOC/3019/2015).

No obstante lo expuesto, corresponde precisar que el Código Civil y Comercial sirve de pauta doctrinal, toda vez que ha sido redactado por la doctrina más calificada de nuestro país.

7.- El tratamiento de los agravios de la parte actora. Los núcleos conceptuales sobre los que se asienta la queja se interrelacionan generando interdependencias que dificultan su abordaje por separado como si se tratara de compartimentos estancos.

Primero, -a fin de salvaguardar el sentido de los razonamientos en los cuales se pretende sustentar la solución-, habré de expedirme respecto del cuestionamiento que la recurrente efectúa acerca de la valoración de la prueba, al poner en crisis la fe proporcionada por la historia clínica. Ello supone el tratamiento del tercer agravio del memorial.

Desde ya adelanto que, apreciada que fuera la historia clínica correlativamente con el resto de los hechos verificados en el expediente, corresponde mínimamente expandir el universo factual sobre el cual habrá de fundarse la solución, resultando imprescindible atribuir el peso adecuado a los informes producidos por el perito médico T. y el Cuerpo Médico Forense.

En *segundo lugar*, teniendo en cuenta la ampliación de la base material probatoria tenida en cuenta a fin de formar convicción, corresponde analizar la presencia de extremos que permitan tener por acreditada la responsabilidad profesional, con especial atención en la culpa y la relación de causalidad.

Esto exige el tratamiento de los agravios primero y segundo, conforme una secuencia distinta a la estructurada en el memorial.

Esto es así, porque, primero es necesario determinar si existió o no un quiebre en la *lex artis*, para luego sí, determinar si la conducta obrada se encuentra causalmente vinculada con el resultado perjudicial verificado y lo que también es importante, efectivamente reclamado.

7.1.- La puesta en crisis de la historia clínica y valoración de la prueba restante. La parte actora ha cuestionado la historia clínica, instrumento este que fuera tomado como eje principal de la prueba en autos.

Corresponde recordar que en los presentes obrados las pruebas estructurales fueron la Historia Clínica, los demás antecedentes de atención médica aportados, el dictamen de la pericia del médico T. y el dictamen del Cuerpo Médico Forense.

A fin de dar marco adecuado al tratamiento de la cuestión, es menester poner de relieve que la jurisdicción cuenta con amplias facultades en orden a la valoración, otorgadas por el ordenamiento adjetivo correctamente enmarcado en el diálogo de fuentes con el derecho constitucional y convencional.

En este sentido, el artículo 390 del CPCC de la provincia del Chubut, dispone: “Salvo disposición legal en contrario, los jueces formarán su convicción respecto de la prueba, de conformidad con las reglas de la sana

crítica. No tendrán el deber de expresar en la sentencia la valorización de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren esenciales y decisivas para el fallo de la causa".

La prueba debe ser valorada con especial atención al derecho de las partes a estar en el proceso de cara a que sean tenidos presentes los hechos en los que se sustenta su derecho, ello a su vez con fundamento normativo en el art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. XVIII de la Declaración Americana de Derechos Humanos, art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, artículos 14, 16, 18, 43 y 75.22 de la Constitución Nacional y arts. 18 inc. 9°, 22, 44, 45 y 46 de la Constitución de la provincia del Chubut.

La actividad probatoria exige la reconstrucción de una verdad que se halla fatalmente en el pasado.

Un juzgador omnisciente no necesitaría de actividad probatoria, puesto que la verdad del pasado se le tornaría explícita sin lugar a resquicio de duda. Los jueces, por el contrario, precisan de espacios procesales que confieren un lugar destacado a la prueba, en donde pugnan diferentes versiones de lo verdadero debiendo desentrañar cual se adecua en mejor medida con lo que ha sucedido en realidad.

Es por ello, que la comprobación de la verdad es una finalidad del proceso, que cuenta con la entidad propia de la dinámica de las acciones y no con la naturaleza estática de lo sustantivo. Se quiere significar con esto que la acreditación de los hechos, es el norte hacia el que propende la actividad probatoria, vale decir, es la meta que pone en movimiento la voluntad de corroborar.

Ese espació racional de reconstrucción de lo pretérito, en el cual las partes pugnan para que prevalezca su versión, exige que el Juez, especialmente en el marco del proceso civil, maximice las posibilidades las posibilidades en

orden a la corroboración de lo sucedido facilitando la producción de la prueba propuesta, ayudando a su conservación y aprovechamiento pleno.

Desde otro prisma, la sana crítica, exige del Magistrado, el tornar explícita la mecánica mental por la cual arriba a una conclusión.

En el caso traído a decisión, la manera en la cual fue dispuesto el secuestro de la historia clínica puede alentar a la parte actora en los reparos y las dudas que erige respecto de que la pieza que obra anejada en las actuaciones sea expresión genuina del documento en cuestión, empero, es lo cierto que la misma no ha sido descalificada categóricamente en el marco del proceso, de lo que derivo que no puede ser excluida del universo de extremos factuales sobre los que se asiente la decisión.

Ahora bien, hecha esta aclaración, no puedo dejar de advertir que resulta sugerente que, tal como surge del cotejo de la pieza de fs. 49/50, identificada como “Hoja de Evolución” de la Clínica S. M., perteneciente a la Señora A., exista una atención fechada el día 15 de diciembre de 2017.

En este sentido, el documento referido da cuenta de ocho instancias de atención. Las siete primeras, que son las que van desde el 04 de noviembre de 2014 al 04 de diciembre de 2015, se encuentran íntegramente en la foja 49 y 49 vta., en tanto que la octava y última, correspondiente a la revisación datada en fecha 15 de diciembre de 2017 se encuentra al inicio de la foja 50, de lo cual cabe derivar que se trata de una actuación inserta en una hoja móvil diferente a la anterior y separada.

La recurrente ha referido que al momento en el que se fecha la última atención profesional consignada, estaba en la ciudad de Buenos Aires, internada en el Instituto A. F., lo cual fue acreditado mediante el oficio respondido a fs. 173/213 dicha institución.

El cotejo del informe al que se hace referencia a fs. 187 vta. da cuenta de una atención fechada el día 05 de diciembre de 2017, refiriendo dos cirugías, una de ellas renal-, agregándose a fs. 188 línea 10° y 11°, "Regresa a Madryn p/ control periódico", siendo ello firmado por el Dr. M. O., M.N. 72502, Oncología C., A. F. A ello hay que agregar una referencia a fs. 206 la cual fue titulada como "Terapia Intensiva – Hoja de Evolución", en la intersección de las casillas 4° y 6° del cuadro, consigna como fecha "22/12/17" a la derecha del término "Periférica", pudiendo el dato ser relacionado con la frecuencia cardíaca de la Señora A.

Por último, y esto sí resulta un dato incontrastable, la demanda fue interpuesta por la Señora A. el día 30 de octubre de 2017 a las 11:50 horas, conforme surge del sello fechador que luce a fs. 29 vta., lo que torna al menos sugerente que la persona que interpone demanda por daños y perjuicios contra quien había sido su médico tratante, concurra en fecha posterior, esto es el 15 de diciembre de 2017 a ser atendida por el mismo.

La extensa referencia que precede me lleva a redimensionar el alcance, las consecuencias y la fuerza convicción de la Historia Clínica adjuntada en autos, debiendo incorporar en plano de paridad al proceso de formación de sentido que propende a la reconstrucción de los hechos, la pericia a cargo del experto médico T. y el informe del Cuerpo Médico Forense.

Los elementos de prueba en autos cimentados en los tres pilares referidos historia clínica, pericia médica e informe del Cuerpo Médico Forense-, revelan algunos hechos a partir de los cuales se permite por inferencia desde la faz presuntiva-, deducir la existencia de los restantes.

La lógica de las presunciones no es ajena al derecho de daños, ni a la responsabilidad profesional y menos aún a la responsabilidad médica.

En el sentido se ha dicho que la presunción consiste en el proceso lógico o razonamiento en virtud del cual, de un hecho dado, que en todo caso ha de

constar fehacientemente, se induce otro hecho cuya realidad no consta, pero del que, por la relación que tiene con aquél en que la presunción se funda, se exime de la prueba directa (PUIGARNAN, Mario," Lógica para juristas", p. 131).

Debe fundarse en hechos reales y probados que revistan el carácter de graves, precisos y concordantes (SCJBA, DJBA 45, p. 421; 45, ps. 557; 67, p. 161) y en caso de existir acumulación, la concordancia (COLOMBO, "Código Procesal Civil y Comercial "t. II, p. 34). El CPCC dispone que las presunciones constituirán prueba cuando se funden en hechos reales y probados y cuando por su número, precisión, gravedad y concordancia produjeran convicción según la naturaleza del juicio. (art. 163, inc. 5º, segunda part.)

COLOMBO refiere que dada la imposibilidad de obtener una prueba directa, se debe admitir la indirecta, cuya validez queda condicionada a que las presunciones tengan las características de gravedad, precisión y concordancia, hasta el punto de determinar una firme convicción en el Juzgador, quien no debe abrigar dudas acerca de las conclusiones a que llegue.

La presunción puede ser medio corroborante, o puede ser el único elemento de que se disponga para formar convicción. En este último caso habrá de ser precisa y grave, pero -sobre todo- referida no a cualquier hecho sino a aquellos que habitualmente se producen, tratando quienes participan en él de impedir o evitar el surgimiento natural de pruebas, y hasta conducta hesitativa (mediante razonamiento o manifestaciones incompatibles) de que habla MUÑOZ SABATE ("Técnica probatoria", p. 389) al analizar la conducta observada por las partes.

No por fijadas, doctrinaria y jurisprudencialmente, sino para finalizar con el muy esquemático parámetro puntualizado, cabe recordar que preciso,

significa inequívoco; grave, con alto grado de probabilidad, y concordante, entrelazado por puntos comunes de inferencia y concurrentes para una determinada conclusión (Cfme. FALCÓN, Enrique, "Código de Procedimientos Civil y Comercial", t II. p. 145) CNCiv. y Com., Azul, J.A. 1951-I-480)" (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, Sala I, voto del Magistrado LORAY, en autos "Mazzuchi, Edmundo N. c. Clínica Boedo", 20/03/1987, DJ1988-1, 356, TR LALEY AR/JUR/869/1987).

Con base en las consideraciones expuestas y con el alcance reseñado, el agravio será receptado parcialmente, y sin perjuicio de que la Historia Clínica no será desestimada ni excluida del universo de elementos probatorios, sus afirmaciones serán confrontadas críticamente con la pericia del experto y el informe del Cuerpo Médico.

7.2.- La existencia de infracción a la *lex artis* profesional. La pericia médica a fs. 223 vta. en el título "Consideraciones del caso en particular" afirmó: "La Sra. A. fue operada por un cáncer avanzado de cuello uterino. Al ser uno de los más frecuentes en mujeres, y de fácil diagnóstico precoz, existen normas y protocolos de Salud de la Nación y las asociaciones médicas para su detección.

En este caso concreto, además, la Sra. A. manifestaba síntomas ginecológicos específicos (metrorragia) y, según dice, nunca fue revisada siquiera por el médico T. Esto es el comentario de la actora.

De haber sido detectado el cáncer en un estadio más temprano y con menos anemia, el pronóstico (estadístico) habría sido más benigno, es decir, mayor la posibilidad de sobrevida y menor tasa de recidiva (que vuelva el tumor)".

En la Historia Clínica se refiere en la atención del 04/11/2014, que la Señora A. consulta por vaginitis y por alguna afección relativa al "ciclo" que a fs.

313 el Cuerpo Médico Forense identifica como “irregularidades en el ciclo menstrual”. La ginecorragia es referida en la Historia Clínica en la tercera atención consignada, recién el 04/08/2015.

A fs. 224 en la respuesta al punto 5 del cuestionario propuesto por la parte actora, el experto poner de relieve que “No fue seguido un algoritmo (una secuencia) diagnóstico según las normas referidas en “Consideraciones”.

Las mentadas “Consideraciones” obran a fs. 221 y 221 vta., pudiendo leerse con relación al cáncer de cuello de útero en las líneas 15° y 16°: “Los síntomas más frecuentes son el sangrado vaginal anormal y espontáneo, el flujo serosanguinolento, fétido y persistente…”.

En orden coincidente, a fs. 223 bajo el título “Prevención secundaria. Detección y tratamiento tempranos”, en el párrafo que va desde la línea 7° a 15° el experto afirma: “Citología (PAP). La citología es actualmente la forma más común de detección del cáncer cervicouterino. Los nuevos métodos de detección están siendo introducidos conjuntamente con o como reemplazo de la citología. El muestreo de citología cervical puede ser realizado por un médico de nivel medio. La revisión de muestras cervicales debe ser realizada por un citólogo capacitado. Cuando se cuenta con los recursos, el inicio de la detección mediante citología debe ocurrir a los 25 años de edad o 3 años después del inicio de la actividad sexual. El intervalo entre pruebas de detección debe apegarse a los estándares regionales, pero no debe ser mayor a cinco años en mujeres menores de 60 años de edad”.

La respuesta al punto 9° propuesto por la actora, consigna que “No consta la realización periódica de PAP y colposcopía”.

Casi inmediatamente, al ser el experto consultado en el punto 11° “Diga si, a su entender según las constancias imperantes, el médico T. llevo a cabo una actitud diligente en la pesquisa de este tumor, y si el protocolo usado cuando la Sra. A. refirió metrorragia, fue el correcto en tiempo y forma”, la respuesta

fue: “Ya manifesté que no fue seguido el algoritmo dictado por las sociedades científicas”.

Existe una controversia respecto del momento en el cual tuvo lugar el sangrado vaginal, que el médico T. consigna recién en agosto de 2015, mientras que la Señora A. refiere en noviembre de 2014.

Esto es lo que lleva a la jurisdicción de grado a la división de la actuación profesional en dos momentos diferenciados, lo cual constituye un criterio de interpretación de los hechos que, -a juicio de este Magistrado-, amerita el reproche de la quejosa en el recurso.

Las reglas del arte médico referidas por el perito T. explican que no consta la realización periódica de PAP en el caso concreto de la Señora A., de ahí que se imponía, como norma de buena práctica, su realización en la primera atención factible, máxime ante la consulta por cuestiones ginecológicas, la misma vaginitis participa de este rango.

En el mismo orden, la pericia del experto médico T. consigna a fs. 220 línea 30, bajo el título “Estudios de utilidad”, lo siguiente: “Ecografía ginecológica (31/10/2014): quiste en anexo derecho de 38 x 35 mm”, sin que ello haya sido tenido en cuenta por la sentencia de grado a la hora de valorar la conducta del profesional, confrontada con la de un profesional diligente, a la hora de precaverse mediante la realización de estudios que permitan descartar la presencia de la 5° neoplasia en frecuencia en el mundo y la 2° en mujeres en nuestro país” (fs. 221 líneas 2° y 3°).

El hecho de que se refiera que la paciente no se encontraba en condiciones de efectuarse el PAP el día 18/11/2014, no exime al profesional de la consignación de las causas por las cuales no se lleva a término un estudio relevante a la hora de posibilitar la detección temprana del cáncer de cuello de útero; al mismo tiempo que impone que se valore la inmediatez con la cual la paciente es convocada a que se lleve a cabo el estudio frustrado.

No existe en autos explicación alguna de las causas por las cuales no se llevó a cabo el PAP en la etapa inicial de la atención consignada en la Historia Clínica, ni tampoco reprogramación próxima e inmediata con fecha expresamente establecida. La conducta obrada por el profesional T. en autos trasladó a la Señora A., es decir, a la parte que no contaba con conocimientos médicos, la carga de evaluar en qué momento debe ser llevada a cabo el examen señalado, cuya ausencia priva a la parte de contar con un método de detección temprana del cáncer de cuello de útero.

Lo expuesto supone un fallo en los protocolos médicos relativos a la afección que dio lugar a la acción interpuesta en autos, el cual se encuentra reforzado por la circunstancia de que la atención del 04/08/2015 en la cual se consigna la ginecorragia, negada en las revisaciones anteriores, tampoco se llevan a término las pruebas tendientes a descartar el diagnóstico "cáncer de cuello de útero", que finalmente desembocaría, -conforme algún criterio de causalidad-, en el fallecimiento de la Señora A.

La omisión de estudios como manifestación del déficit en la atención médica califica en el ámbito conceptual del error de diagnóstico. En este orden se ha sostenido que "La responsabilidad del médico se ve comprometida cuando la falta de tratamiento o el error de diagnóstico obedece a la omisión de adoptar las medidas adecuadas en función del estado del enfermo […] o cuando aquél puede calificarse de superficial o inexacto en presencia de síntomas indicadores de una dolencia determinada, pues el G. debe asegurarse de la verdad del diagnóstico, agotando los medios que la ciencia y práctica médica ponen a su alcance" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala III, 05/10/2004, "V. O., M. y otros c. Instituto de S. S. B.", RCYS 2004-X, 110 - LA LEY 25/04/ 2005, 7, citado por PREVOT, Juan Manuel, "Daños y Perjuicios" tomo II, página 395, sum. 1721, La Ley, Buenos Aires, 2008).

Lo señalado supone la emergencia desde la profundidad de lo factual hacia la superficie de lo jurídico, tanto de antijuridicidad como de culpa, dado que por una parte, la víctima fue objeto de un daño causado en violación del *alterum non laedere*, lo cual da lugar a la subsunción en los artículos 1066, 1067 y 1072 del CC, en tanto que por la otra, se vió perjudicada por el obrar culposo del profesional, en los términos de los artículos 512, 902 y 909 del mismo ordenamiento.

La culpa médica carece de autonomía respecto de las reglas generales, *v.gr.* "La culpa médica carece de autonomía y consiste, como cualquier otra, en la omisión de las diligencias exigidas por la naturaleza de la obligación que correspondieren a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, en los términos establecidos en el art. 512 del Cód. Civil que adopta el sistema de la apreciación concreta y circunstancial de la culpa" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II, 09/09/1998, "Z., M. C. c. S., J. L. y otros" citado por PREVOT, Juan Manuel, "Daños y Perjuicios" tomo II, página 392/3, sum. 1706, La Ley, Buenos Aires, 2008).

La interpretación recta de la normativa del CC, permite afirmar que en el ámbito profesional el concepto de culpa es el mismo del art. 512, en cuanto re exige la verificación de una omisión de la diligencia que hace a la naturaleza de la obligación y a las circunstancias de persona, tiempo y lugar, siendo ello agravado por el precepto del art. 902 del mismo cuerpo legal con relación al saber científico, dado que es el experto desde su extremo de la relación contractual, quien cuenta con mayor conocimiento, por lo cual pesará sobre él un deber mayor de obrar con cuidado y previsión.

Tal como lo tengo dicho, "La culpa médica estriba en obrar de un modo distinto al debido y exigible, es decir, en tener un comportamiento inadecuado a determinadas exigencias ordinarias. Pese a la gran circunspección con que debe juzgarse la conducta del profesional médico

para ponerlo a cubierto de la proliferación de posibles demandas temerarias, su culpa, aún leve, genera responsabilidad, aunque se hubiere producido en circunstancias eventualmente atenuantes -tales como las derivadas de una emergencia-, pero que de cualquier manera no lo excluyen o eximen del daño generado.

La diligencia y pericia que se exige a los médicos presenta ribetes especiales por que se aprecia con un criterio severo, sin que sea posible excluir las "culpas pequeñas". Desde que en su conducta profesional el médico actúa eligiendo el método más adecuado para obtener el éxito en su tarea, su negligencia o culpa debe ser merituada en toda ponderación 18. A fin de imputar responsabilidad médica por mala praxis, la prueba a cargo de la víctima debe versar sobre actos u omisiones del médico que demuestren una actividad negligente o imprudente o falta de la pericia necesaria y no solamente sobre el resultado negativo del tratamiento, pues aunque ese resultado no fuera el esperado, no compromete responsabilidad alguna si la conducta considerada no está probada suficientemente" (JALIL, Julián Emil, Indemnizaciones derivadas de daños y perjuicios", Tomo II, pág. 352, Hammurabi, Buenos Aires, 2020).

El error culposo en el diagnóstico supone la valoración de diversos tramos de la actividad del profesional, debiendo ser apreciado con un criterio estricto.

Resulta de provecho la reseña de la explicación proporcionada al respecto por GHERSI: "Los clientes/pacientes, etc. consultan al profesional cuando asumen que se encuentran frente a un problema, que les causa una situación de inseguridad, que puede transformarse en riesgo y éste desarrollarse al daño. Los profesionales reciben la información […] los interrogan, establecen métodos de controles e investigación propios de cada ciencia, así los médicos realizarán análisis, estudios, tecnología […] etc. Es decir, cada

profesión pose los métodos y técnicas adecuadas para realizar el estudio del problema. Esta primera cuestión o aspecto de la investigación requiere una metodología (involucra métodos y técnicas) que debe ser idónea en sí misma (esto es un resultado) independientemente del contenido/resultado (contenido científico, de ámbito médico […] etc.). Esta metodología involucra una invariante, la propiedad científica de cada ciencia (lo cual implica no sólo el título habilitante, sino también la constante adecuación del profesional a los avances científicos y fenomenológico) y tres variables: requerir la información al cliente (la cual puede ser espontánea o solicitada por el profesional); realizar un interrogatorio científicamente adecuado (se trata de una investigación rigurosa y de carácter científico) y establecer controles, conforme al contenido de cada ciencia (esto es remitir a estudios, análisis, tecnología en el ámbito médico; cotejos de pruebas, en el campo de abogacía, etc.). La primera de las variables (información del cliente) tiene una relativa confiabilidad por el carácter lego del mismo y su estado de inseguridad que lo transforma en una persona minusválida. La recepción de esa información está a cargo del profesional, que debe en razón precisamente de su profesión, analizar y categorizarla, desechando lo no esencial […] Las dos siguientes (interrogación y control) son de carácter profesional - científico, de allí que deben seguir un método y una técnica que indica cada ciencia, en cuanto a su contenido específico y diferenciado, sin prejuicio de los entrecruzamientos que pueden serle útil al profesional (así al médico las condiciones de socio/ambientales de vida de su paciente […] etc.). A partir de esta metodología científica, se puede arribar a un diagnóstico, lo cual implica establecer la causa del problema (por ejemplo la patología […] etc.) y las probables alternativas de solución (alternativas terapéuticas […] etc.) con la finalidad de informárselas al […] paciente y poder establecer el nivel de riesgos de cada una conforme a la ley de probabilidades científica, para

que […] pueda asumir la decisión (no porque suple la decisión científica, sino porque evalúa, en una decisión razonada/lógica, normal y ordinaria, el riesgo que desea asumir)" (GHERSI, Carlos Alberto, "El error vs. la responsabilidad médica", DJ 2007-II , 815, TR LALEY AR/DOC/1948/2007).

La evaluación acerca de la existencia de un déficit supone en consecuencia cuatro aristas, a saber: 1) la propiedad científica del médico (existencia de título habilitante y actualización en la disciplina), 2) la requisitoria adecuada de información al paciente, 3) la escrupulosa valoración científica de la información recibida, y, 4) el establecimiento de controles, conforme al contenido de la disciplina médica.

En el caso en estudio, la información de la cual disponía el demandado, la cual que fue volcada por él mismo en la Historia Clínica, apreciada que fuera con un criterio estricto, resulta suficiente para tener por acontecido un déficit en lo atinente a la valoración científica de la información recibida y al establecimiento de controles, conforme al contenido de la disciplina médica. Ello se corresponde con los puntos 3) y 4) del análisis expresado en el párrafo que precede.

Esto es así, puesto que tratándose de una mujer que superaba los 35 años, con cinco hijos, que concurre a la consulta ginecológica sin antecedente próximo de haberse realizado PAP, con vaginitis y de acuerdo a lo expresado por el experto T. con una ecografía ginecológica de fecha 31/10/2014 que da cuenta de la existencia de un quiste de 38 mm x 35 mm, se imponía la realización del PAP.

Habiendo sido el mismo ordenado, debieron mediar causales extraordinarias y con peso específico suficiente en la disciplina médica, que justifiquen su frustración, las que debieron ser consignadas expresamente en mérito a un imperativo de diligencia, haciéndose hincapié en la necesidad

de llevar a término el estudio, convocando para una fecha determinada a la paciente a fin de concretarlo de manera próxima.

A mayor abundamiento, el informe del Cuerpo Médico Forense a fs. 312 da cuenta de que al 4/08/2015 fecha en la que la Señora A. consultó al médico T., era necesaria, conforme el cuadro verificado, la realización del PAP.

Todo ello aun en ausencia del controvertido, -en razón de haber sido negado por el profesional-, sangrado vaginal manifestado por la Señora A. desde el principio.

Determinar si se obró con diligencia, exige valorar la gravedad del daño y su probabilidad de ocurrencia.

En el caso que nos ocupa, pasa por la determinación de si era probable evitar la consecuencia dañosa, –la que más adelante habré de precisar-, obrando un curso de acciones diferentes a las efectivamente llevadas a cabo por el médico demandado –para el caso la efectiva realización del PAP o de estudios que tornasen factible el diagnóstico temprano, la explicación de las causas que eran óbice a la realización de los mismos, o la convocatoria urgente para su realización posterior e inmediata-, y si esas acciones hubiesen sido llevadas a cabo por un profesional que actuara con celo y debido conocimiento de las cosas. En consecuencia, la afirmación de la culpa, impone que pueda ser afirmado que la conducta en cuestión no hubiese sido realizada por un profesional razonable, que cuente con el de conocimiento del médico de que se trate puntualmente, en las circunstancias de tiempo y lugar concretamente analizadas, siendo eso lo que acontece precisamente en autos, según el criterio que propongo: el obrar el profesional demandado estuvo incurso en culpa conforme los artículo 512, 902 y 909 del CC, por incumplimiento de los protocolos científicos imperantes en la especialidad médica de la ginecología, en órbita violación de la *lex artis*.

Con base en lo expuesto, el agravio será acogido.

7.3.- La existencia de relación de causalidad. La relación de causalidad es presupuesto de responsabilidad civil.

Específicamente en materia de responsabilidad médica tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que "para que proceda el resarcimiento de los perjuicios sufridos, debe acreditarse no solo que han existido, sino la relación de causalidad entre el obrar negligente de aquel a quien se imputa su producción y tales perjuicios" (CSJN, Fallos 329:2688).

En la teoría de la responsabilidad civil, la relación de causalidad cumple una doble función, tal como lo es, por un lado, determinar la autoría a fin de imputar las consecuencias resarcibles, y por el otro, fijar la extensión de las mismas.

Conforme el sistema de normas del Código Civil y Comercial, entre el obrar o la omisión antijurídica y el daño, debe mediar un vínculo de causalidad de carácter adecuado.

Tal como lo he sostenido, "La teoría de la adecuación no es, como opinaban originariamente sus defensores, una teoría causal, sino una teoría de la imputación: no dice cuándo una circunstancia es causal respecto de un resultado, sino que intenta dar una respuesta a la pregunta de qué circunstancias causales son jurídicamente relevantes y le pueden ser imputadas a un agente. La teoría de la causa adecuada, en otras palabras, no es una teoría causal sino una teoría de la imputación de las consecuencias, en cuyo marco se interrelacionan la imputación física (causalidad) y la imputación moral (voluntariedad y previsibilidad), determinando en definitiva la extensión de la responsabilidad" (JALIL, Julián Emil, Indemnizaciones derivadas de daños y perjuicios", Tomo I, 253, Hammurabi, Buenos Aires, 2020).

Hallándose en crisis la inexistencia de relación de causalidad decretada por la sentencia, es menester destacar que la misma es parasitaria de los extremos que vincula, esto es, el injusto y el daño.

Un dato no menor a este respecto, que surge del devenir de las presentes, es el deceso de la actora a resultas de su enfermedad denunciado a fs. 276.

No puede pasar desapercibido ni ser irrelevante para la jurisdicción, que con toda evidencia la demanda interpuesta en vida por la Señora A. y en un momento determinado de su afección, reflejó su apetencia de ser resarcida conforme su horizonte cognitivo de ese momento, siendo el mismo -casi necesariamente-, estático; no obstante lo cual, el perjuicio real y efectivo lejos de cristalizarse consolidándose y deteniéndose, supuso un derrotero dinámico cuyo punto final fue la muerte de la actora.

Tal como lo he puesto de relieve, la sentencia de grado consideró que habiendo imputado la actora al médico T. "una defectuosa atención medica ginecológica que agravó el cáncer que padecía y que la histerectomía realizada por el Dr. T. fue tardía, pues debió efectuarse en diciembre de 2014" (fs.24), considerando que en el primer segmento temporal que va desde noviembre de 2014 a agosto de 2015, la atención del demandado no fue errónea, en tanto que en el segundo tramo de atención que va desde agosto de 2015 hasta el final, de haber existido un error de diagnóstico, el mismo no guarda relación de causalidad con el resultado agravamiento del cáncer y realización de histerectomía.

Lo dispuesto por la sentencia, en donde se definen los extremos que en estos autos están llamados a ser vinculados por la cadena causal, esto es, desde un lado la defectuosa atención medica ginecológica, y por el otro el agravamiento del cáncer que la actora padecía y la histerectomía realizada por el Dr. T., cuestionada por tardía, y la apelación en donde se pone en crisis la decretada inexistencia de la mentada relación de causalidad, constituyen

el estrecho marco del recurso, dentro del cual esta Alzada se debe mover, con independencia de cualquier otra consideración agregativa.

Fortalece este razonamiento, el apuntado hecho de que el daño experimentado por la actora constituyó un proceso dinámico, el cual varió su semblanza desde sus primeras manifestaciones hasta el momento de interponer la demanda y luego hasta la misma muerte de la Señora A.

Cumplo en poner de relieve, que de acuerdo al dictamen del Cuerpo Médico Forense obrante a fs. 313, ante el interrogante identificado como punto C) que solicita del órgano que "Refiera si, al 4 de agosto de 2015, era necesaria conforme el cuadro que presentaba la Sra. A., indicar la realización del PAP", la respuesta fue "Si. La citología PAP permite detectar células anormales en el cuello uterino que podrían causar cáncer de cuello uterino (cáncer cervical). Es la forma más común de detección de cáncer cérvico uterino. La prueba de Papanicolaou detecta cambios celulares provocados por el HPV (Virus papiloma humano) pero no detecta la presencia del VPH en sí. Esta prueba es parte de controles de rutina en las mujeres. Si bien las pruebas de HPV son más sensibles, el PAP es soberano, ya que no todos los canceres de cuello se relacionan con HPV (aunque la gran mayoría) ni todas las infecciones por HPV terminan en cáncer. Existe el Programa Nacional de Prevención de Cáncer Cervicouterino (PNPCC), tiene como objetivo principal contribuir a la reducción de la incidencia y mortalidad por esta enfermedad".

Por su parte, a la pregunta D), que solicita al Cuerpo Médico Forense que "Refiera, si, de haber indicado la realización de un PAP el 4 de agosto de 2015, el cáncer de cuello uterino hubiera sido detectado. De ser así, indique cual hubiera sido la evolución de la enfermedad y tratamientos correspondientes", la respuesta fue: "La citología, o sea la prueba de Papanicolaou es un examen que puede ayudar a detectar y prevenir el cáncer

de cuello uterino. La detección y el tratamiento de las células precancerosas ayudan a prevenir el cáncer de cuello uterino. La prueba de Papanicolaou es una manera eficaz de detectar el cáncer en forma precoz, es decir, detecta células anormales en el cuello uterino antes que se conviertan en cáncer, cuando es más fácil de tratar. Se hubieran diagnosticado los cambios celulares a través del PAP y al tratarse de una patología maligna frecuente (es la 5ta neoplasia en frecuencia en el mundo y la segunda en nuestro país.

El cáncer cuello uterino tiene un comportamiento loco regional y en etapas más tardías se propaga a distancia. El principal factor pronóstico es el estadio tumoral. La etapa describe el crecimiento o la extensión del cáncer a través del cuello uterino. También indica si el cáncer se ha propagado a órganos cercanos o a lugares más distantes.

La supervivencia y el control pélvico/local de la enfermedad se correlacionan con el estadio según la FIGO. Si el cáncer es detectado en etapas más tempranas el pronóstico habría sido mejor (más benigno). Es decir, se hubiera detectado por PAP (y luego estadificado con otros estudios complementarios).

Las complicaciones de los tratamientos (radioterapia, braquiterapia) también son factores de riesgo para posibles complicaciones.

La Sra. A. con antecedente de cáncer de cervix (se le realizo anexo histerectomía, radioterapia, quimioterapia y braquiterapia en el año 2016) evoluciono con recaída de su cuadro de base y fístula vesico colónica (que se resolvió quirúrgicamente). Se detectó luego recidiva perirrenal derecha y se le practico nefrectomía derecha y fistulectomía rectal en el año 2017 en Instituto F. de Bs. As. Continúo con mala evolución, hasta su fallecimiento el 22 de diciembre del 2018".

El texto de ambas respuestas debe ser analizado de manera integral.

No puede considerarse como lo hace la sentencia, que la respuesta al punto C) da cuenta de la existencia o inexistencia de un error de praxis y que la respuesta al punto D) solo se refiere a la existencia o inexistencia de relación de causalidad, todo de manera sesgada y como si se tratara de compartimientos estancos.

Ya de por sí en el punto C), el indagar acerca de la "necesidad" de indicar el PAP, dado el cuadro de la Señora A., permite inferir que su omisión constituye una violación a la *lex artis* en función de los efectos que trae aparejada. Esto es así porque, si tal como lo indica el Cuerpo Médico Forense, el PAP permite detectar células anormales en el cuello uterino que podrían causar cáncer de cuello uterino (cáncer cervical), siendo la forma más común de detección de cáncer cérvico uterino, erigiéndose como uno de controles más comunes y de rutina entre las mujeres, resulta una consecuencia fatal que su no realización maximiza las posibilidades de frustrar el diagnóstico temprano de la enfermedad, con la consiguiente complicación del tratamiento posterior.

Idéntica interpretación cabe efectuar respecto del punto D).

Ante la pregunta, que solicita del órgano que explique si la realización del PAP hubiese permitido la detección del cáncer y que se explique cuál hubiera sido la evolución de la enfermedad y el tratamiento correspondiente, la respuesta gira sobre un definido núcleo conceptual: el PAP es un examen que puede ayudar a *detectar y prevenir* el cáncer de cuello uterino de manera eficaz y en forma precoz, puesto que identifica la presencia de células anormales en el cuello uterino antes que se conviertan en cáncer, lo que facilita el tratamiento de la enfermedad. Se indica puntualmente que "Se hubieran diagnosticado los cambios celulares a través del PAP…".

El informe hace hincapié en que siendo que la afección tiene un comportamiento loco regional, en etapas más tardías se propaga a distancia, destacándose especialmente que si el cáncer es detectado en etapas más tempranas el pronóstico habría sido más benigno, pues se hubiera detectado por PAP para luego ser estadificado con otros estudios complementarios.

Finalmente, el informe destaca lo que sucedió con la reclamante, describiendo los tramos finales de la atención de la Señora A. desde la detección del cáncer hasta el deceso.

De ello se impone colegir que a la parte actora, al no serle realizado en tiempo oportuno el PAP que la ciencia médica indica como estudio principalísimo para la detección del cáncer de cuello de útero, se le "agravó" -empleando escrupulosamente los términos de la sentencia-, "agravó el cáncer que padecía".

De todo lo expuesto, debe seguirse que en el expediente se encuentra acreditada la relación de causalidad adecuada conforme a derecho entre el déficit en la atención que la actora recibiese del demandado médico T., y el agravamiento del cáncer que la Señora A. padecía.

Lo cual autoriza a atender el agravio en tratamiento, el cual será acogido, y determinar existe responsabilidad civil del G.

7.4.- La extensión del resarcimiento. Determinada la existencia de responsabilidad civil, en función de que existió un error de praxis en el obrar del demandado médico T., el cual fue causa adecuada del agravamiento del cáncer de útero de la Señora A., se impone disponer con precisión el alcance de la indemnización por la que debe prosperar la demanda.

Cabe recordar que tal como se lo ha puesto de manifiesto en los párrafos que anteceden, la demanda interpuesta lo fue en vida de la Señora A., siendo su

objeto el que, de acuerdo a la evolución de su enfermedad, resultaba susceptible de ser propuesto en razón de la evolución de su dolencia.
Con ello quiero significar que el perjuicio reclamado y el efectivamente experimentado, difieren notoriamente, si se tiene en cuenta el deceso de la actora el día 22 de diciembre de 2018.

Así, lo reflexionado en el estricto marco que la sentencia proporciona al recurso en tratamiento, y toda vez que el término al cual se vincula causalmente el obrar deficiente del demandado es el agravamiento de la enfermedad, la que derivó en la muerte de la parte actora, se impone que los términos del resarcimiento se ciñan a la pérdida efectiva de una chance de haber afrontado con mejores perspectivas la dolencia.

Este y no otro es el correlato cuantitativo del perjuicio que se reconoce en autos, pues el error de diagnóstico produjo un agravamiento del cuadro, representando el mismo una concreta pérdida de chances de afrontar el posterior tratamiento con expectativas más favorables de mejora o remisión de la enfermedad.

Tal como lo he sostenido desde un prisma conceptual "La pérdida de una chance puede definirse como la desaparición de la probabilidad de un evento favorable, cuando esa chance aparece suficientemente seria […] no es la frustración de una ganancia (lucro cesante) sino la frustración de una posibilidad concreta y lógica de ganancia […] El daño por pérdida de chance es un daño cierto, pues la incertidumbre se refiere al eventual resultado. La característica de los casos encuadrables en este instituto es, precisamente, la existencia de un alea respecto de cuál será el desenlace de los hechos. La pérdida de ese alea es, en consecuencia, el daño que debe resarcirse. Por ello, lo resarcible no es el resultado final que se hubiera producido sino, por el contrario, las chances cuya frustración genera un perjuicio"

En el caso se trata de frustración de una *chance personal*, por afectación del patrimonio de carácter biológico o fisiológico (vida e integridad psicofísica) y el de carácter moral o espiritual de la persona (derechos personalísimos), –lo cual incluye el daño extrapatrimonial-, y *directa*, dado que implica que se deriva inmediatamente del hecho ilícito (JALIL, Julián Emil, "La pérdida de chance en el Código Civil y Comercial", RCyS 2020-IX, 23, TR LALEY AR/DOC/2541/2020).

Al efecto de cuantificar el perjuicio, propongo que, la chance fundada en la frustración de la legítima esperanza sea cuantificada conforme las reglas de la sana crítica y el prudente arbitrio judicial en la suma de $ 700.000.

A ello deberá serle adicionado un interés calculado conforme el promedio de la tasa activa empleada por el B. del C. para sus operaciones de descuento de documentos comerciales, desde la fecha en la que se consolidara el menoscabo, tomándose por tal el día 29 de febrero de 2016, momento en el cual se diagnosticó en la Señora A. la presencia de carcinoma indiferenciado (fs. 167) hasta el efectivo pago.

7.5.- El daño extrapatrimonial. Sabido es que la acción por indemnización del daño moral comprende solo al damnificado directo; pero si del hecho resulta la muerte de la víctima, tienen acción los herederos forzosos. Esta es la situación que se presenta en autos, por lo que corresponde adentrarme en el tratamiento del rubro.

Conceptualmente, el daño moral aparece como una afección a los sentimientos de una persona, que determina dolor o sufrimiento físico, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas, y en general toda clase de padecimientos susceptibles de apreciación pecuniaria. Este tipo de daño repercute directamente sobre las cualidades de las personas. Consiste en el desmedro, desconsideración, o cualquier otra dificultad o molestia que pueda ser consecuencia del hecho perjudicial y se configura cuando media

lesión a aquellos bienes no patrimoniales que tienen valor primordial en la vida del ser humano.

Como dijimos oportunamente no queda reducido al clásico *pretium doloris* (sufrimiento, dolor, desesperanza, aflicción, etcétera), sino que apunta a toda lesión a intereses jurídicos del espíritu cuyo trasunto sean unas alteraciones desfavorables en las capacidades del individuo de sentir, de querer y de entender.

No es necesario que la causa de tales padecimientos sea permanente, pues, sostener lo contrario, importaría tanto como limitar la viabilidad del ítem a los supuestos que se producen lesiones que dejen secuelas permanentes, limitación esta que no surge de la ley, y que atentaría contra la integridad de la indemnización. (JALIL, Julián Emil, *"Indemnizaciones derivadas de daños y perjuicios"*, tomo I, Hammurabi, 2020, p.307).

En la presente casusa, no caben dudas que los familiares directos que padecido una lesión extrapatrimonial, como consecuencia del agravamiento de la dolencia de su madre, el cual, como ya he explicado, resulta causalmente atribuible al accionar del demandado.
Si bien dicha relación causal debe ser acotada a dicho agravamiento y no al desenlace final (la muerte), el cual resulta ser una causa remota del obrar negligente médico, ello no implica que no deba ser resarcido a las víctimas (los herederos), claro está, en la medida referida, toda vez que constituye un daño cierto.

En cuanto a la cuantificación del rubro, debo precisar que la cuantificación del daño moral representa uno de los aspectos más controvertidos en materia indemizatoria, y resulta necesario precisar que con el Código aplicable al caso (Ley 340) no existe parámetro alguno para cuantificar ese menoscabo extrapatrimonial (Ver: JALIL, Julián Emil. *Derecho de Daños Aplicado*. Ed.

Grupo Ibañez. Bogotá. 2013. Como asimismo: JALIL, Julián Emil. *Tratado de la Responsabilidad Civil*. Ed. El Zahir. Buenos Aires. 2012. JALIL, Julián Emil. *Supuestos Especiales de Responsabilidad Civil Contractual*. Tomo II. Ed. Tahiel. Buenos Aires. 2012. IBSN N° 978-987-28588-3-4. JALIL, Julián Emil. *Responsabilidad Civil del Médico*. Buenos Aires. 2012. IBSN N° 978-987-28717-3-4).

No obstante ello, el Código Civil y Comercial, *-de aplicación solo doctrinal al caso-*, sirve de guía en este aspecto. Dice ese cuerpo normativo que la indemnización debe fijarse ponderando las *satisfacciones sustitutivas* y *compensatorias* que pueden procurar las sumas reconocidas. (Ver art. 1741 del CCyC).

Lo que hay que medir en números no es el daño sino las satisfacciones que puede lograr cada indemnización. Resulta necesario, -entonces-, encontrar esa comparación que sirva de guía en la difícil tarea de darle contenido aritmético a la lesión extrapatrimonial.

En ese orden de ideas, como bien advierte GONZÁLEZ ZAVALA, se presupone "individualizar los medios de goce a conceder" e "identificar los bienes con los cuales se va a suministrar el consuelo". Se trata de explicitar el valor de ciertos bienes y de ciertos servicios en contextos cambiantes. (Ver: GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo M. "Satisfacciones sustitutivas, y, compensatorias", RCCyC 2016 (noviembre), 38, AR/DOC/3436/2016. Ver asimismo: SAPPIA, María Candelaria, MÁRQUEZ, J. Fernando, "La reparación integral del daño. Su consolidación en la Constitución, la doctrina, la jurisprudencia y en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012", RCyS, 2013-9 121. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños. Cuánto por daño moral*. T. 5 A, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 61).

Es decir, de brindar un parámetro *objetivo* que el judicante pueda ponderar al momento de cuantificar el daño extrapatrimonial sufrido, y como justamente el sufrimiento o padecimiento sentimental del actor se vincula con el monto. (Ver: JALIL, Julián Emil. *Cuantificación de Daños. Región Patagonia*. Ed. La Ley. Buenos Aires. 2017. Págs. 50 y sgtes).

En base a este marco y conforme al padecimiento sufrido, fijaré como parámetro objetivo el *valor* de un viaje ida y vuelta a la ciudad de Esquel de 14 días, considerando estadía, esparcimiento, y excursiones, lo que le permitirá a los herederos obtener el goce del bien equivalente al padecimiento sufrido.

A tales efectos, corresponde mencionar que los Jueces se hallan facultados para fijar el *quantum* indemnizatorio tanto a la fecha del hecho como al momento de dictar sentencia y aún diferirlo a las resultas del procedimiento que se considere pertinente.

En este orden, instituiré un valor *actual,* el cual determino en la suma de **$** 200.000 a cada uno de los cinco actores, lo cual totaliza un importe equivalente a $ 1.000.000**,** importe que se ajusta al referenciado parámetro *comparativo*. A dicho monto, se adunará un interés simple del 6 % desde la fecha indicada en el punto anterior (29 de febrero de 2016), toda vez que el monto referido fue cuantificado a valores actuales. Dicho monto deberá ser cancelado dentro de los 10 días de que el presente pronunciamiento quede firma, o en su defecto se agregaran los intereses de la tasa activa empleada por el B. del C. para sus operaciones de descuento de documentos comerciales hasta el efectivo pago.

Entiendo que ello generará en el accionante una *satisfacción* de espíritu que *compense* de manera proporcional el disgusto vivenciado, insisto en relación causal con el agravamiento de la enfermedad y no específicamente con la muerte.

8.- Conclusión. Corresponde en consecuencia hacer lugar al recurso incoado y revocar la sentencia puesta en crisis en cuanto rechazó la demanda, disponiéndose hacer lugar al reclamo, debiendo el demandado W. H. T. y la citada en garantía S. C. A. de S. SA, abonar a los señores E. F., C., por sí y en representación de su hermana menor V. N. P., K. A. C., A. A. C. y M. N. C., la suma de $700.000 por perdida de la chance, adunándosele un interés calculado conforme el promedio de la tasa activa empleada por el B. del C. para sus operaciones de descuento de documentos comerciales, desde la fecha en la que se consolidara el menoscabo, tomándose por tal el día 29 de febrero de 2016, momento en el cual se diagnosticó en la Señora A. la presencia de carcinoma indiferenciado (fs. 167) hasta el efectivo pago, en un plazo de 10 días contados a partir del momento en el que quede firme la presente.

Adunándose la suma de $ 1.000.000, (a razón de **$** 200.000 para cada uno de los actores) en concepto de daño moral, con más el 6 % de interés contado desde la fecha indicada en el punto anterior, pagaderos también transcurridos 10 días de quedar firme este pronunciamiento. Fenecido dicho plazo se agregaran los intereses de la tasa activa empleada por el B. del C. para sus operaciones de descuento de documentos comerciales hasta el efectivo pago.

9.- La readecuación de costas y honorarios por la actuación en la primera instancia. Por tratarse de una resolución revocatoria de la sentencia de grado corresponde modificar ésta última en lo que concierne la regulación de honorarios profesionales y a la imposición de costas de acuerdo al artículo 282 del CPCC.

Así las cosas, las costas de grado serán impuestas a la parte demandada vencida (art. 69 del CPCC), regulándose los honorarios de las letradas de la

parte actora, Abogadas M. A. V. y N. E. S., (apoderada y patrocinante respectivamente) en el 18%, en conjunto y proporción de ley; los del Abogado L. A. N. en el 14% en su calidad de letrado del médico demandado W. H. T., con más el 14% en su calidad de letrado de la citada en garantía S. C. A. de S. SA; los del perito médico M. J. T. en el 5%; todos ellos sobre la suma que resulte en definitiva, en tanto sean superiores a los mínimos legales, debiendo adicionarse el IVA si correspondiere.

10.- La imposición de costas en la alzada. La imposición de costas al vencido forma parte del principio objetivo de la derrota, siendo que este sólo puede dejarse de lado en caso de que se demuestren circunstancias objetivas especiales que justifiquen lo contrario (Ver, entre otros: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala F, Dunas y Mar S.A. c. Tejerina J. y otro, 10/06/2010, Exclusivo Doctrina Judicial Online, AR/JUR/38811/ 2010. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala E, "Frigorífico La Colorada S.A. s/conc. prev. s/ inc. de verific. por: AFIP DGI", 24/ 06/2010, AR/JUR/39782/2010; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, "Club ciudad de Buenos Aires asociación civil", 12/ 04/ 2010, La Ley Online, AR/JUR/21510/2010; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, "N., Nelly A. y otro c. O.S.F.A. (Obra Social de la Fuerza Aérea) y otros", 19/04/2010, La Ley Online, AR/JUR/15518/2010), ello por cuanto, quien resulta vencido debe cargar con los gastos que debió realizar su contraria para obtener el reconocimiento de su derecho.

Bajo este criterio, y teniendo en cuenta el resultado al que se ha arribado luego del acogimiento del recurso, considero que corresponde la imposición de costas a la demandada vencida (Conf. arts. 69 del CPCC).

11. La regulación de honorarios a los profesionales intervinientes en la Alzada. A los fines de la regulación de honorarios por los trabajos realizados

en esta instancia se tendrá en cuenta la labor desarrollada, naturaleza del proceso, éxito obtenido en esta alzada y demás pautas orientadoras de la ley de aranceles para abogados. Al ser el presente un proceso susceptible de apreciación pecuniaria, dicha regulación se efectuará en porcentual (cfr. art. 46 ley XIII N° 4).

Teniendo en cuenta el destino de los agravios planteados y las demás pautas orientadoras de la ley de aranceles para abogados, corresponde fijar los honorarios de la letrada de la parte actora, Abogada M. A. V. en el 35 % y los del letrado del médico demandado W. H. T. y de la citada en garantía S. C. A. de S. SA, Abogado Abogado L. A. N. en el 25%; todos ellos sobre la cantidad fijada en la Instancia anterior con más el IVA si correspondiere, siempre que el monto resultante supere el mínimo previsto en la Ley de Honorarios Profesionales, o en su defecto se aplicará éste último (Conf. arts. 5, 7 y 13 de la Ley Arancelaria).

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil JALIL vota por la **NEGATIVA**.

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

1 – Antecedentes – Sentencia y Agravios

El Dr. Julián Emil Jalil ha desarrollado en su voto precedente los antecedentes del presente proceso, los postulados y fundamentos de la sentencia en crisis y las quejas esgrimidas por la recurrente como sustento del recurso que se le concediera. Por lo tanto, encontrándose cumplimentados los recaudos de ley, corresponde me aboque directamente al tratamiento de los agravios que expone la apelante.

2 – <u>Tratamiento de los agravios</u>

A-) Abordaré a continuación los agravios traídos a esta instancia, a cuyo fin, analizaré en el acápite subsiguiente el plexo probatorio.

En primer lugar, resulta prudente analizar el cumplimiento de lo preceptuado por el artículo 268 del CPCC por la accionante, en razón de lo expuesto por la parte demandada al contestar el traslado de los agravios.

La expresión de agravios constituye una verdadera carga procesal y para que cumpla su finalidad debe contener una exposición jurídica que contenga una *"crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas"*. Lo concreto se refiere a lo preciso, indicando, determinando, cuál es el agravio. Deben precisar así, punto por punto, los pretendidos errores, omisiones y deficiencias que se le atribuyen al fallo, especificando con toda exactitud los fundamentos de las objeciones. Es decir, que deben refutarse las conclusiones de hecho y de derecho que vertebren la decisión del a quo, a través de la exposición de las circunstancias jurídicas por las cuales se tacha de erróneo el pronunciamiento (conf. MORELLO, A., *"Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Pcia. de Buenos Aires y de la Nación. Comentado y Anotado"*, T. III, p. 351, Abeledo Perrot, 1988; CNCiv., Sala J, Expte. Nº 2.575/2004, *"Cugliari, Antonio Carlos Humberto c/ BankBoston N.A. s/ Cancelación de Hipoteca"*, del 1/10/09).

De la lectura pormenorizada de la presentación de la parte actora se advierte que se ha dado cumplimiento con la normativa citada y aún en el caso que pudiera considerarse que resulte dudoso el cumplimiento del art. 268 del CPCN, lo cierto es que corresponde proceder al estudio de los agravios allí vertidos en función del criterio amplio que debe regir la protección del derecho de defensa en juicio.

En tal sentido, adelanto que seguiré a la recurrente en las alegaciones que sean conducentes para decidir este conflicto (conf. CSJN Fallos: 258:304, entre otros) pues recuerdo que como todas las pruebas no tienen el mismo peso, me apoyaré en las que resulten apropiadas para resolver el caso (conf. CSJN, Fallos: 274:113) las que produzcan mayor convicción en concordancia con los demás elementos de mérito de la causa. Se considerarán, entonces, los hechos "jurídicamente relevantes" (conf. ARAGONESES ALONSO, Pedro, *"Proceso y Derecho Procesal"*); o "singularmente trascendentes" (conf. CALAMANDREI, Piero, *"La génesis lógica de la sentencia civil"*; CNCiv., Sala J, 18/06/2021, LLOnline AR/JUR/81548/2021).

B-) Surge de la sentencia que en estos actuados los actores reclaman la reparación de los daños generados por la conducta médica desarrollada por el Dr. W. H. T. en la atención de la Sra. G. A. A., fallecida durante la tramitación de la presente causa, imputándole una defectuosa atención médica ginecológica, en tanto el cáncer que ella padecía avanzó y se agravó por la falta de indicación de estudios de rutina y porque la histerectomía realizada por el Dr. T. fue tardía, debiendo realizarla en diciembre de 2014.

Siempre siguiendo lo expuesto por la a quo en su decisión final, el demandado y su aseguradora han desconocido su responsabilidad, alegando que su actuar se ajustó a la lex artis, de acuerdo al cuadro clínico que la actora presentaba, negando toda conducta negligente en la atención de la Sra. A.

La cuestión gira en derredor de la actuación del Dr. T., a quien le achaca la paciente haber cometido un error en su diagnóstico pasible de reproche al haber omitido la realización de los estudios correspondientes para descartar la posibilidad de un cáncer de cuello de útero.

Debe determinarse, entonces, la responsabilidad endilgada cuya causa se atribuye al desempeño profesional del médico tratante en la atención médica que le prestara.

Bajo este contexto y para el tratamiento de una cuestión tan compleja y delicada sometida a la consideración, habré de formular algunas precisiones indispensables para su correcta dilucidación y decidir si se configura o no en autos el tipo de responsabilidad que pesa sobre los profesionales de la medicina y los entes asistenciales.

C-) En cuanto a la apreciación de la culpa, es útil recordar que la responsabilidad médica no se limita a supuestos de culpa grave o inexcusable, pues tal categoría está excluida de la normativa de los artículos 512 ó 1109 del Código Civil. Y que, pese a la circunspección con que debe juzgarse la conducta profesional para ponerlo a cubierto de la proliferación de posibles demandas temerarias, su culpa leve igualmente generaría responsabilidad, pues quien ejerce tal ministerio se halla moralmente obligado a agotar todas las precauciones en resguardo de la salud del paciente. A punto tal que cuando está en juego la posibilidad de que sobrevenga un alto riesgo en la salud, *"...la menor imprudencia, el descuido o la negligencia más leves adquieren una dimensión especial que les confiere una singular gravedad…"* (del voto del Dr. Vocos, *"Biedma c/ Clínica Bazterrica "*, CNCiv. Sala "A" del 29/7/77, E.D. 74.563).

Asimismo, y como es sabido, el criterio de culpa se sustenta en la previsibilidad de las consecuencias perjudiciales, ya que se configura cuando no se ha previsto lo que era previsible o cuando previsto, no se han adoptado las medidas necesarias para impedir el daño o se ha afrontado voluntariamente la posibilidad de que este se produzca (conf. ORGAZ, *"La culpa"*, p. 27/28). Precisamente, en orden al juicio de probabilidad de las consecuencias imputables, es necesario valorar también en el caso no solo

aquellas pautas del art. 512, sino además la mayor capacidad de previsión del profesional de conformidad a lo normado en los artículos 902 y 909, del Código Civil. En estos preceptos se establece una exigencia de mayor previsibilidad para atribuir efectos que, de otro modo, quedarían fuera del marco causal jurídicamente relevante (conf. GOLDENBERG, *"La relación de causalidad en la responsabilidad civil"*, p. 88; ORGAZ, *"El daño resarcible"*, 3era. ed. actualizada, pág. 58). Porque, cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia, diligencia y pleno conocimiento de las cosas mayores serán las consecuencias de los hechos consumados por el médico (conf. CNCiv. Sala A, L. 125.129 del 11/6/93, entre otros; CNCiv. Sala "C" 12/9/80, E.D. 90-649). En ese contexto en que, por lo visto, el deber de previsión de la consecuencias dañosas adquieren especial relevancia cuando se trata de la responsabilidad de los profesionales médicos, la culpa que se presenta tanto por la negligencia o impericia como cuando se omite cierta actividad que habría evitado o contribuido a evitar el resultado dañoso, no podría excusarse la responsabilidad en el mero hecho de que las intervenciones decididas eran las únicas alternativas posibles, ya que de lo que aquí se trata es juzgar si conforme a los antecedentes clínicos de la actora y los riesgos propios de una intervención, podría justificarse el daño que sobrevino (CNCiv. Sala "A", L.164.008 del 07/03/97, voto del Dr. Molteni). Ahora bien, conforme al criterio predominante en la doctrina y jurisprudencia, la obligación del médico es efectivamente de medios y no de resultados, de modo que se trata aquí de ponderar si la diligencia que indudablemente se comprometió contractualmente, se cumplió con aptitud suficiente para llevar a cabo las medidas que normalmente procura el resultado esperado, o aquellas específicas que emanan de la calidad necesaria para llevar normalmente a buen término la actividad (conf. BUSTAMANTE ALSINA, *"Teoría General de*

la Responsabilidad Civil", Nº 1436; BUERES, *"Responsabilidad Civil de los Médicos"*, p. 373; CNCiv. Sala "A", L. Nº 31.511 del 17/8/88).

Al respecto, se ha sostenido que en este tipo de obligaciones de medio y no de resultado, solo se promete la diligencia y no la aptitud para cumplir con las medidas que normalmente procuran la curación del paciente, su atención y los medios apropiados a esa finalidad (conf. CNCiv. Sala "A", voto de la Dra. Ana María Luaces, L. 83.491, del 25/11/91,).

De allí que, si no queda demostrado el nexo de causalidad entre una denunciada actitud culposa del médico y el daño experimentado, no cabe acceder a la pretensión formulada.

En efecto, en la prestación médica enderezada a asistir al paciente no se garantiza la recuperación del asistido, sino el adecuado tratamiento. El profesional se obliga a utilizar los medios propios de su ciencia y de su arte, más no puede ofrecer el resultado óptimo de la curación sin secuelas. Se adquiere el compromiso de atender al paciente con prudencia y diligencia (conf. BUERES, A. J., ob. cit., pág. 130; BUSTAMANTE ALSINA, J., *"Teoría General de la Responsabilidad Civil"*, pág. 451; del voto del Dr. Caia, M.L., in re *"O.I.M., A.E.J. c/ Swiss Medical SA s/ Daños y Perjuicios – Resp. Prof. Médicos y aux."*, CNCiv., Sala J, 18/06/2021, LLOnline AR/JUR/81548/2021).

D-) Entiendo que en el caso se impone en primer término el estudio del nexo causal, presupuesto ineludible de la responsabilidad que se pretende atribuir.

Ante el problema de la extensión del resarcimiento debido, es dable establecer si el daño reconoce una causa eficiente en el hecho imputado a los presuntos responsables. Si así fuera existiría un nexo de causalidad material, tal hecho como tal causa del hecho dañoso, el que para hacer nacer la obligación de resarcir el daño debe ser jurídicamente relevante, es decir

encuadrar en alguno de los tipos de causalidad que la ley toma en cuenta en la teoría de la responsabilidad (arts. 903/5 y concordantes).

La causalidad adecuada es la que vincula a un hecho antecedente con otro consecuente, cuando el primero tiene la virtualidad de producir el segundo, según el curso natural y ordinario de las cosas, sea por sí solo o por la conexión de otro hecho que invariablemente acompaña al primero. Para que un daño deba repararse, jurídicamente es preciso que haya sido causado por el responsable con su acción u omisión (ORGAZ, *"El Daño Resarcible"*, pág. 3 y ss.). A este requisito también se alude al legislar sobre la procedencia de la reparación, que el daño indemnizable es el que se causare o se hubiera causado u ocasionado a otro (Responsabilidad extracontractual, arts. 1068, 1074, 1109, 1111, 1113, 1114, etc. o contractual arts. 508, 521, etc.).

A esta altura cabe preguntarse cuándo debe considerarse que la acción u omisión de una persona ha causado realmente un perjuicio y con qué criterio se debe determinar esta circunstancia, necesaria para que el perjuicio le pueda ser imputado jurídicamente a su autor.

La vinculación causal no siempre es clara. La causalidad tiene por objeto establecer cuándo y en qué condiciones un daño debe ser imputado objetivamente a la acción o a la omisión de una persona para ser considerado tal sujeto como autor o causante de tal daño.

En un sistema jurídico como el nuestro la relación de causalidad tiene importancia sustancial, no solo como condición general de la responsabilidad, sino también para establecer la medida de la misma, ya que salvo excepciones muy limitadas, el responsable está obligado a resarcir los daños que tengan vinculación causal con su acto.

Para establecer la causa de un daño es preciso hacer un juicio de probabilidad y determinar si la acción u omisión era por sí misma capaz de ocasionar normalmente el daño, lo que solo puede hacerse si la experiencia

de la vida conlleva a una respuesta afirmativa, considerando en tal caso que existe relación de causalidad y el daño es objetivamente imputable al agente. Este juicio de probabilidades se hace en abstracto, según ya dije por el curso ordinario de las cosas y la experiencia de vida y no en concreto por lo que debe retrocederse hasta el momento de la acción u omisión a fin de establecer si esta era o no idónea para ocasionar el daño en un proceso causal adecuado. El criterio que debe primar en el juicio de probabilidad o idoneidad entre la acción u omisión del presunto responsable y el daño, es el de la diligencia que dentro de la vida social puede ser exigida en la situación concreta a persona normalmente razonable y sensata.

Ello así, debe ameritarse por confrontación aquel modelo abstracto con la conducta cuestionada y sus particularidades específicas. Aplicado al caso concreto y dentro del esquema de análisis el patrón abstracto y objetivo de conducta y comparándola con los antecedentes que han quedado acreditados en autos, deberá establecerse si de los mismos surge una acción u omisión imputable a título de culpa atribuible como causa adecuada del daño generado.

La responsabilidad demanda que el daño esté en relación de causalidad con el acto positivo o negativo del o de los presuntos responsables, es decir que haya sido autor o jurídicamente causante del mismo. Nuestro Código deja librado al criterio judicial el establecer cuándo una acción u omisión es o no adecuada con respecto a un resultado, estableciendo la clasificación entre las consecuencias según su mayor o menor normalidad o previsibilidad con relación al acto. Así se determinan las siguientes reglas de imputación: las consecuencias inmediatas son siempre imputables al autor del acto (art. 903) pues la adecuación se presenta en su máxima pureza; las mediatas son imputables en tanto sean previsibles (art. 904) y finalmente las casuales no

son imputables en tanto son imprevisibles (art. 905, primera parte). En estas últimas, falta en rigor la conexión causal entre el acto y las consecuencias.

El problema jurídico de la conexión causal consiste en determinar de conformidad a la ley cuándo o con qué criterio un resultado debe ser atribuido a una persona determinada. Según nuestro derecho hay conexión causal entre un acto, lo que supone una acción u omisión de la persona presuntamente responsable y un resultado, cuando ese acto ha contribuido de hecho a producirlo, esto es, ha sido una de las condiciones imprescindibles de él y además debía normalmente producirlo conforme al orden natural y ordinario de las cosas (arts. 901), pues es errado imputar un daño a un sujeto con la sola consideración de que, sin su acto no se habría producido.

En lo que hace a materia probatoria, tratándose de obligaciones de medio, en las que el interés definitivo perseguido es aleatorio, contingente y potencial y donde el deudor cumple la prestación observando el esfuerzo o actividad debida, incumbe al damnificado probar la relación causal y la culpa de quien prestó el servicio a fin de responsabilizar a este y a la institución de que se trate.

Es por ello que a la demandada le basta probar que el daño provino de un caso fortuito en sentido amplio pues ello provocaría la fractura de la relación causa-efecto y/o la ausencia de culpa.

Sostiene Alonso Pérez que al médico, en el ejercicio de su *auctoritas artis*, hay que exigirle un grado elevado de responsabilidad. La diligencia particularmente esmerada forma parte en el pensamiento clásico de la responsabilidad aquiliana. La diligencia exigible por el art. 902 del anterior Código Civil (art. 1752 del actual ordenamiento de fondo) no es la del común individuo legal en la materia, sino la del profesional que las circunstancias exijan. La *diligentia diligentissima* debe configurar el ejercicio del arte médico,

si tenemos en cuenta los valores cardinales a los que atiende la Medicina, como la salud, la vida y la integridad física y psíquica. Por ello, se considera que la responsabilidad profesional dentro del área de la Medicina tiene que ver con unas medidas especiales, que no son otras que las derivadas de los llamados "deberes médicos" –*lex artisad hoc*— que sobrepasan la medida o patrón del standard de culpa. Es que la responsabilidad en el ámbito sanitario exige la necesaria e incluso concentrada y máxima atención al paciente, por no resultar de recibo satisfactorio las precipitaciones ni los diagnósticos inadecuados, incompletos, rutinarios o apresurados, al tratarse la salud de un derecho fundamental de las personas, que les hace acreedoras de obtener todas las prestaciones sanitarias precisas e idóneas, sin regateos u omisiones injustificadas (conf. Tribunal Supremo Español, sentencias del 25/04/94 y 20/03/97; ALONSO PEREZ, M., *"La relación médico-enfermo, presupuesto de la responsabilidad civil (en torno a la lex artis)"* en Perfiles de la Responsabilidad civil en el nuevo milenio, Madrid, 2001, pág. 37; del voto de la Dra. Scolarici, G.M., CNCiv., Sala J, *"B.G.D. c/ Centro de Enfermedades Respiratorias Infantiles (CERI) y otros s/ Daños y Perjuicios"*, 31/08/2020, LLOnline AR/JUR/34119/2020).

De todos modos, debe considerarse que la ciencia médica tiene sus limitaciones y en el tratamiento de las enfermedades existe siempre un área que escapa al cálculo más riguroso o a las previsiones más prudentes, extremos que obligan a restringir el campo de la responsabilidad y a apreciar la culpa médica con suma prudencia y ponderación (conf. TRIGO REPRESAS, F., *"Nuevas reflexiones sobre la responsabilidad civil de los médicos"*, La Ley 1984-C-582 y sigs. y jurisprudencia citada en las notas 33 a 38) a fin de no consagrar la impunidad, con el consiguiente peligro para los pacientes, pero sin una severidad excesiva que torne prácticamente imposible el ejercicio de la medicina (conf. CNCiv., Sala J, 24/08/2005, *"A., C.R. y otro c/*

Hospital Gral. de Agudos Dalmacio Vélez Sarsfield y otros s/ Daños y Perjuicios", ED, 216-548 y fallos allí citados).

La culpa profesional es la culpa común o corriente. El tipo de comparación será el de un profesional diligente, prudente, que corresponda a la categoría o clase en la que quepa encuadrar la conducta el deudor en cada caso concreto (conf. PEREZ de LEAL, R., *"Responsabilidad civil del médico – tendencias clásicas y modernas"* Capít. II, Ed. Universidad, 1995; VAZQUEZ FERREYRA, R.A., *"Responsabilidad civil médica – Error en el diagnóstico patológico. Valoración de la culpa profesional. Pérdida de la chance como daño indemnizable y otras interesantes cuestiones"*, La Ley, 1999-F-21; CNCiv., Sala J, 17/08/2010, Expte. N° 106.479/2005, *"Benítez, E.A. c/ Sarrabayrouse, J.I. y otros s/ Daños y Perjuicios"*; CNCiv., Sala J, 31/08/2020, LLOnline AR/JUR/34119/2020).

E-) Así las cosas, en punto a la responsabilidad endilgada, deviene necesario proceder al análisis del plexo probatorio, así como también de las constancias emergentes de la historia clínica y demás elementos obrantes en autos.

Para la primera de las cuestiones, se debe dilucidar si ha mediado de parte del profesional T. que asistió a la Sra. A., algún obrar negligente u omisión de una acción debida que hubiera evitado el desenlace que se le atribuye.

En cuanto a la calidad del peritaje médico legal es de suma importancia, ya que en el informe que brinda el médico, ya sea oral o escrito, el inicial o el definitivo, se basará la Autoridad Judicial como eventual elemento de prueba para considerar y dictar sentencia. Este estriba en una presunción concreta, de que el perito es sincero, veraz y su dictamen con toda probabilidad acertado. Se lo presume honesto, capaz y experto en la materia a la que pertenece el hecho sobre el cual dictamina. Existen dos motivos para

la admisión de la fuerza probatoria: presupuesto de que el perito no cae en el error, y por otro lado, el presupuesto de que no tiene intención de engañar. El dictamen sirve entonces para brindar mayor o menor fe sobre la existencia de las cosas objeto del mismo (conf. BERLINERBLAU, V. – MOSCATO, C., *"Calidad del Dictamen Médico Legal: Herramientas para su Valoración en La Prueba Científica y Los Procesos Judiciales"*, págs. 44/45, Academia Judicial Internacional; La Ley 2006).

De este modo, en esta clase de pleitos en que se debaten cuestiones ajenas al ordinario conocimiento de los jueces, la pericia médica adquiere singular trascendencia de modo que tanto los hechos comprobados por los expertos, como sus conclusiones, deben ser aceptados por el Sentenciante salvo que se demuestre la falta de opinión fundante o de objetividad, para lo cual quien impugna debe acompañar la prueba del caso, pues al respecto ni el puro disenso, ni la opinión meramente subjetiva del impugnante podrían ser razonablemente atendibles para poner en tela de juicio la eficacia del dictamen. Por el contrario, se requiere para ello demostrar fehacientemente que el criterio pericial se halla reñido con principios lógicos o máximas de experiencia o que existen en el proceso elementos probatorios de mayor eficacia para provocar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos (conf. CNCiv., Sala "A", voto del Dr. Jorge Escuti Pizarro publicado en L.L. 1991-A-358; PALACIO – ALVARADO VELLOSO, *"Código Procesal..."*, Tomo 8, págs. 538/9 y sus citas; MORELLO – SOSA BERIZONCE, *"Códigos Procesales..."*, T. V-B, pág. 455 y sus citas; FALCON, *"Código Procesal..."*, pág. 416 y sus citas, entre otros; voto del Dr. Caia, cit.).

F-) Pues bien, dentro del contexto de la mala praxis médica cabe ubicar al error de diagnóstico, puesto que, al ser la medicina una ciencia incierta, son numerosas las dificultades que debe enfrentar un médico abocado a diagnosticar, máxime cuando los signos de que dispone son equívocos, la

enfermedad no ha evolucionado todavía suficientemente y sobre todo, porque nadie está a cubierto de interpretar a veces equivocadamente los datos de que dispone[-] (GAMARRA, J., *"Responsabilidad civil médica"*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1989, T. 1, p. 67).

Si bien el diagnóstico se erige en una de las causas originarias del deber de responder del profesional hacia al paciente, es de destacar que no todo error de aquel implicará culpa del médico, ya que no toda equivocación en la que incurra el profesional al efectuarlo será objeto de reproche. Por el contrario, en forma previa a analizar la responsabilidad profesional por error en el diagnóstico, debemos indicar que existen en materia médica dos clases de errores con diferentes consecuencias uno del otro: a) Error excusable: es aquel en el que incurre el médico sin que de su parte medie actitud culpable alguna; b) Error inexcusable: es aquel en el que incurre el profesional en su actuación, que podría haberse evitado si el médico hubiera actuado diligentemente y no culpablemente como lo ha hecho. Esta distinción entre la excusación o no del error, tiene su fundamento en la propia naturaleza de la obligación médica, que resulta ser en esencia una obligación de medios. Dentro de este análisis cabe incorporar al diagnóstico médico, ya que su emisión no puede ser considerada como una obligación de resultado asumida por el profesional: este se compromete a emitirlo empleando toda su pericia y el apego a la *lex artis* para conseguirlo. Pero, no se puede soslayar que la inexactitud de la medicina provoca que muchas veces se arribe a un diagnóstico equivocado; no obstante, cuando ello ocurre, se debe analizar previamente si ha existido culpabilidad o no del médico al momento de su emisión: si no la hubo, no habrá responsabilidad, y si aquella existió, el profesional deberá responder por ello (Conf. YZQUIERDO TOLSADA, M., *"La responsabilidad civil del profesional liberal*", Ed. Hammurabi, Bs. As., 1998, p. 389).

G-) Corresponde destacar ahora lo informado en autos por las pericias médicas oportunamente realizadas e incorporadas al proceso.

El Perito Médico Legista Dr. M. J. T. -en lo que aquí interesa- ha dicho en su dictamen: *"…CONSIDERACIONES SOBRE CANCER DE CUELLO UTERINO (CCU). …El CCU es la 5ta neoplasia en frecuencia en el mundo y a 2da en mujeres en nuestro país, luego del cáncer de mama. La OMS reporta 500.000 casos nuevos por año de los cuales el 90% ocurren en países en vías de desarrollo como Argentina, donde la mitad de las mujeres diagnosticadas anualmente mueren por la enfermedad…"; "…Los* ***síntomas*** *más frecuentes son* ***el sangrado vaginal anormal y espontáneo****, el flujo serosanguinoliento, fétido y persistente y en estadios avanzados el dolor…"; "…****Diagnóstico y Estadificación: En un tumor clínicamente visible, una biopsia simple define el diagnóstic****o…"* (conf. fs. 221); *"… **Prevención secundaria – Detección y tratamiento tempranos**. La evidencia reciente sugiere que el enfoque que se adopte para la detección puede ser tanto o más importante que la prueba utilizada para determinar el impacto en los resultados de cáncer.* ***En el enfoque de visita única, la detección y el tratamiento se realizan en la misma visita (resultado citológico diferido) para minimizar la posibilidad de que los resultados anormales queden sin tratamiento. <u>Citología (PAP)</u>. La citología es actualmente la forma más común de detección del cáncer cervicouterino… El muestreo de citología cervical puede ser realizado por un médico de nivel medio****…"* (conf. fs. 223); *"… **CONSIDERACIONES DEL CASO EN PARTICULAR:** La Sra. A. fue operada por un cáncer avanzado de cuello uterino.* ***Al ser uno de los más frecuentes en mujeres, y de fácil diagnóstico precoz, existen normas y protocolos de Salud de la Nación y las asociaciones médicas para su detección. En este caso concreto, además, la Sra. A. manifestaba síntomas ginecológicos específicos (metrorragia)*** *y, según dice, nunca fue revisada siquiera por el médico T. Esto es el comentario de la actora.* ***De haber sido detectado el cáncer en un estadio más temprano y con menos anemia, el***

pronóstico (estadístico) habría sido más benigno, es decir, mayor la posibilidad de sobrevida y menor tasa de recidiva (que vuelva el tumor) *…"* (conf. fs. 223 vta.). Al responder los puntos de pericia propuestos por la parte actora, el mismo experto dijo:

"… 2- Informe si existen constancias de atenciones por parte del Dr. T. en consultorio, y si se realizaron los exámenes físicos ginecológicos de rutina entre diciembre de 2014 y marzo de 2016. ***Respuesta:*** *En el período consultado,* ***existe una hoja con evoluciones seguidas de este médico y no se realizó los exámenes de rutina ginecológicos: examen mamario, PAP y colposcopía****…"* (conf. fs. 223 vta.);

"… 3- Diga el perito cómo debe ser la anamnesis, examen físico y pedido de estudios rutinarios para una mujer de edad media como la Sra A., en consultas periódicas. ***Respuesta:*** *… - Examen ginecológico básico, el cual incluye: especuloscopía (visualización directa del cérvix), tacto vaginal bimanual e inspección genital, que busca descartar tumores ginecológicos palpables (ovario, cuello, cuerpo uterino) y examen mamario, visual y mediante palpación.* ***Puede hacerse o no PAP en la primera consulta, pero siempre debe solicitarse o programarse ese estudio en la próxima consulta****. Se puede o no solicitar ecografía ginecológica y mamaria (aunque generalmente se solicitan ante algún dato positivo del examen físico) …"* (conf. fs. 224);

"… 4- Diga si existen constancias que estas normas se llevaron a cabo por parte del Dr. T. ***Respuesta: No fueron realizadas con ese detalle****…"* (conf. fs. 224);*"… 5- Diga si la Sra. A. presentó metrorragia y, en caso positivo, cómo fue el algoritmo diagnóstico llevado a cabo y si éste se condijo con las normas dictadas por sociedades médicas de la especialidad en Argentina.* ***Respuesta: SI, refiere metrorragia desde 2014 y, según constancias, se realizó tratamiento con hierro y una ecografía unos 18 meses después. No fue seguido un algoritmo (una secuencia) diagnóstico según las normas referidas en "Consideraciones"*** *…"* (conf. fs. 224);

"… 6- Cuál fue el diagnóstico tumoral al que se llegó en la Sra. A. ***Respuesta:*** *Carcinoma de cuello uterino…"* (conf. fs. 224);

"… 8- Diga si existen campañas nacionales y/o provinciales de prevención del cáncer de cuello de uterino. ***Respuesta: SI, debido a que es uno de los tumores malignos más frecuentes****. Se refieren en "Consideraciones" …"* (conf. fs. 224);

"… 9- En caso positivo, si las mismas fueron llevadas a cabo por el médico T. en la Sra. A. ***Respuesta: No consta la realización periódica de PAP y colposcopía****…"* (conf. fs. 224);

"… 10- Si el pronóstico de vida varía según el momento en que se trate esta patología maligna. ***Respuesta: SI, mucho****…"* (conf. fs. 224);

"… 11- Diga si, a su entender según las constancias imperantes, el médico T. llevó a cabo una actitud diligente en la pesquisa de este tumor, y si el protocolo usado cuando la Sra. A. refirió metrorragia, fue el correcto en tiempo y forma.

Respuesta; *Ya manifesté que* ***no fue seguido el algoritmo dictado por las sociedades científicas****…"* (conf. fs. 224);

"… 13- Diga cuál es el pronóstico actual de la Sra. A., indicando si en caso que el tumor se hubiera detectado antes, en estadio más temprano, hubiera sido el mismo. ***Respuesta:*** *El pronóstico parece ominoso, malo…"* (conf. fs. 224 vta.);

"… 14- Diga si el cáncer de cuello uterino ha afectado algún otro órgano vital de la Sra. A. ***Respuesta: SI; al menos un riñón****; se está evaluando al riñón restante…"* (conf. fs. 224 vta.).

En lo que respecta a los puntos de pericia propuestos por la parte demandada, el experto dijo:

"… 1- Indique la fecha de la primera consulta realizada por la actora con el Dr. T., motivo de la misma y diagnóstico al cual se arribó. ***Respuesta:*** *Existe solamente una hoja con evoluciones, no hay referencia de la consulta ni diagnóstico…"* (conf. fs. 224 vta.);

"… 2- Informe si en el año 2014 la actora presentaba episodios de ginecorragia. ***Respuesta:*** *Ella los refirió pero las dos evoluciones del médico, no…"* (conf. fs. 224 vta.);

"… 3- Informe si el Dr. T. solicitó a la actora la realización de un PAP y si dicha prueba fue realizada por ésta. ***Respuesta: Existe una referencia al pedido de PAP pero que "no se realizó por no presentar condiciones"*** *…"* (conf. fs. 224 vta.);

"… 4- Informe, según la HC, si en el año 2015 la actora refirió al Dr. T. padecer ginecorragia. ***Respuesta:*** *Nunca refirió en sus evoluciones, el Dr. T., que la tuviera, hasta la evolución de diciembre de 2015…"* (conf. fs. 224 vta.);

"… 5- Informe si de acuerdo a la HC el Dr. T. indicara a la actora un control a los 7 meses posteriores a la consulta del año 2014. ***Respuesta:*** *No observé esa cita para 7 meses después…"* (conf. fs. 224 vta.);

"… 8- Informe si consta en la HC que el Dr. T., de acuerdo al resultado de la ecografía y ante la referencia de ginecorragia, indicó la realización de marcadores tumorales para descartar la patología maligna como causante del sangrado y estudiar el origen de la lesión ovárica. ***Respuesta:*** *Sí,* ***consta el pedido de marcadores y el resultado, aumentado, pero NO cuáles****. De todas maneras,* ***en patología ginecológica los marcadores tumorales se solicitan para descartar patología ovárica maligna, no de cuerpo o cuello uterino****…"* (conf. fs. 225);

"… 12- Informe si los estudios solicitados por el Dr. T. (ecografía, marcadores tumorales e histeroscopía) se encuentran entre los mencionados en la bibliografía para el estudio de la ginecorragia. ***Respuesta: SI, son parte de los estudios, pero no exactamente así sino que van progresando las complejidades y tipo de estudios respecto a los hallazgos iniciales. NO olvidar que el PAP es uno de los iniciales para screening****…"* (conf. fs. 225);

"… 13- Informe cuál fue el procedimiento quirúrgico efectuado por el Dr. T. el 01/02/16. ***Respuesta:*** *Anexohisterectomía.* ***No consta que se hubiera realizado una cirugía oncológica****, la colpo-anexo histerectomía total ampliada con*

linfadenectomía pelviana –Operación de Wertheim – Meiggs o Piver III…" (conf. fs. 225 vta.);

"… 14- Informe si surge de la AP efectuada el 29/02/16 que la lesión presentada por la paciente en el cuello uterino se encontraba avanzada. ***Respuesta:*** *SI…"* (conf. fs. 225 vta.).

Corresponde destacar que a fs. 312 la a quo dispuso, como medida para mejor proveer, dar intervención al Cuerpo Médico Forense para que se expida sobre ocho puntos que le fueron requeridos. Dicho Cuerpo se expidió a fs. 313/315. Volcaré seguidamente los puntos requeridos por la a quo y las partes relevantes de las respuestas:

"a) Indique, según las constancias de autos, el motivo de la atención del Dr. T., a la Sra. A., el 4 de noviembre de 2014, las indicaciones del profesional y resultado de las mismas".

"A) El motivo de consulta del día 04/11/2014, según documental médica fue ***"vaginitis e irregularidades del ciclo menstrual", por lo que el profesional solicita laboratorio, PAP, Ecografía … Refiere el médico tratante en su hoja de evolución fechada el 18/11/14 que no se realizó PAP por no presentar condiciones…"*** (conf. fs. 313).

"b) Indique el motivo de la atención del citado profesional, el 4 de agosto de 2015, e indicaciones médicas efectuadas".

"B) Con fecha 04/08/2015 (según hoja de evolución de Clínica S. M.) ***atiende nuevamente a la paciente, cuyo motivo de consulta era ginecorragia (se refiere a hemorragia vaginal fuera del período menstrual normal, que puede obedecer a varias causas). Ante lo cual el médico solicita laboratorio, ligadura tubaria y estudios prequirúrgicos (o preoperatorios) y exudado vaginal****…"* (conf. fs. 313).

"c) Refiera si, al 4 de agosto de 2015, era necesaria, conforme el cuadro que presentaba la Sra. A., indicar la realización de un PAP".

"C) ***Sí. La citología PAP permite detectar células anormales en el cuello uterino que podrían causar cáncer de cuello de uterino (cáncer cervical). Es la forma más común de detección de cáncer cérvico uterino****. La prueba de Papanicolaou detecta cambios celulares provocados por el HPV (Virus papiloma humano) pero no detecta la presencia del VHP en sí. Esta prueba es parte de controles de rutina en las mujeres. Si bien las pruebas de HPV son más sensibles,* ***el PAP es soberano****, ya que no todos los cánceres de cuello se relacionan con HPV (aunque la gran mayoría) ni todas las infecciones por HPV terminan en cáncer. Existe el Programa Nacional de Prevención de Cáncer Cervicouterino (PNPCC), tiene como objetivo principal contribuir a la reducción de la incidencia y mortalidad por esta enfermedad. El PNPCC forma parte de la estrategia integral para la prevención del cáncer cervicouterino desarrollada por el Ministerio de Salud de la Nación, que contempla la prevención primaria a través de la vacuna contra el VPH, y la prevención secundaria, basada en el tamizaje de mujeres (con PAP o test de VPH) …"* (conf. fs. 313/314).

"d) Refiera, si, de haber indicado la realización de un PAP el 4 de agosto de 2015, el cáncer de cuello uterino hubiera sido detectado. De ser así, indique cual hubiera sido la evolución de la enfermedad y tratamientos correspondientes".

"D) ***La citología, o sea la prueba de Papanicolaou es un examen que puede ayudar a detectar y prevenir el cáncer de cuello uterino. La detección y el tratamiento de las cédulas precancerosas ayudan a prevenir el cáncer de cuello de uterino. La prueba de Papanicolaou es una manera eficaz de detectar el cáncer en forma precoz, es decir, detecta células anormales en el cuello uterino antes que se conviertan en cáncer, cuando es más fácil de tratar. Se hubieran diagnosticado los cambios celulares a través del PAP*** *y al tratarse de una patología maligna frecuente (es la 5ta neoplasia en frecuencia en el mundo y la segunda en nuestro país) …* ***Si el cáncer es detectado en etapas más tempranas el pronóstico habría sido mejor (más benigno). Es decir, se hubiera detectado por PAP (y luego estadificado con otros estudios***

complementarios) *… La Sra A. con antecedente de cáncer de cervix (se le realizó anexo histerectomía, radioterapia, quimioterapia y braquiterapia en el año 2016) evolucionó con recaída de su cuadro de base y fístula besico colónica (que se resolvió quirúrgicamente). Se detectó luego recidiva perirrenal derecha y se le practicó nefrectomía derecha y fistulectomia rectal en el año 2017 en Instituto F. de Bs As. Continuó con mala evolución, hasta su fallecimiento el 22 de Diciembre del 2018…"* (conf. fs. 314/315).

"e) Señale si el tratamiento, estudios e indicaciones efectuadas por el Dr. T. el 16 de setiembre de 2015 y con posterioridad, fueron los acordes al cuadro que presentaba la paciente".

"E) El 16 de Septiembre del 2015 según hoja de evolución de Clínica S. M., el profesional recibe resultados de laboratorio y luego de ecografía con "quiste complejo" visualizado en ecografía (solicita marcadores tumorales y cirugía), que se realiza el 01/02/2016 en Clínica S. M. ***Si bien es acorde al cuadro clínico continúa faltando en historia clínica el pedido de la realización de PAP, colposcopía, prueba de detección de VPH y examen mamario. El PAP es uno de los estudios iniciales para screening****. Tal como se menciona en punto C,* ***el PAP es "soberano"****, la prueba de HPV es sensible pero no todos los cánceres se relacionan con HPV ni todas las infecciones por HPV desarrollan patología tumoral…"* (conf. fs. 315).

"f) Señale si el estudio ginecológico PAP puede ser reemplazado, en cuanto a la detección del cáncer de cuello uterino, por la técnica del test del HPV".

"F) Tal como se mencionó en puntos anteriores, si bien el Virus Papiloma Humano es el principal factor de riesgo para desarrollar cáncer de cuello de uterino, no es el único. El VPH tiene grupos diversos de virus ADN pertenecientes a la familia de los papilomaviridae y (es considerada la principal infección de transmisión sexual), existen diferentes cepas de VPH de las cuales el VPH16 y VPH18 son los genotipos más frecuentemente identificados como potencialmente oncogénicos. La OPS y la OMS (publicación "Incorporación de la prueba de VPH en programas de prevención

de cáncer cervicouterino: Manual para gerentes de programas de salud" del año 2016) en dicho manual se indica que para el tamizaje, la Organización Mundial de la Salud recomienda el uso de la prueba de VPH (OMS, 2015), por su mayor sensibilidad y porque es más efectiva para detectar lesiones precancerosas. ***Pero el PAP es un método simple y accesible de screening****. Es importante destacar que en ese año la mayoría de las obras sociales no cubría este costo y que el PAP…"* (conf. fs. 315).

"g) Indique si el test mencionado anteriormente, fue indicado por el Dr. T. a la actora".

"G) ***No se observa en historia clínica el pedido de test de HPV****…"* (conf. fs. 315).

"h) Indique, si existen constancias en autos que el Dr. T. hubiera atendido a la Sra. A., como médico obstetra y ginecólogo, desde el año 2002 y hasta el 4 de noviembre de 2014. En caso afirmativo, si consta que la actora hubiera realizado durante ese período, los estudios ginecológicos de rutina".

"H) No existe constancia en autos de que el Dr. T. hubiera atendido a la paciente A. desde el 2002, solo existe el relato de la Sra A. y ***tampoco se constata realización periódica de PAP y colposcopia****…"* (conf. fs. 315). Dejo constancia que, con independencia de lo destacado en negrita por el Dr. T. en su dictamen, las restantes me pertenecen.

H-) En materia de procesos de daños y perjuicios por mala praxis, la prueba pericial resulta de particular relevancia en lo que se refiere al análisis de la conducta desarrollada por el profesional actuante, así como la existencia y entidad del daño por el que se reclama.

Se ha dicho que en materia de responsabilidad médica se acentúa el significado de la pericia, que es evaluada según las reglas de la sana crítica. Cuanto mayor es la particularidad del conocimiento, menor es la posibilidad de apartarse. Sin embargo, esa importancia no implica aceptación lisa y

llana. El juez no homologa la pericia, la analiza, la examina, la aprecia con las bases que contiene el art. 477 del Cód. Procesal – art. 481 del CPCC provincial— (conf. CIPRIANO, N.A., *"Prueba pericial en los juicios de responsabilidad médica (Finalidad de la prueba judicial)"*, La Ley, 1995—C-623, CNCiv., Sala J, Expte. Nº 28.245/2010, *"Oyander Mansilla, M.A. de L. y otros c/ Noel, M.A. y otro s/ Daños y Perjuicios"*; ídem, Expte. Nº 111.441/2011, *"Montoya, C.M. c/ Sociedad Italiana de Beneficencia de Buenos Aires y otro s/ Daños y Perjuicios"*; CNCiv., Sala J, 31/08/2020, cit.).

Cierto es que las peritaciones médicas no son imperativas para el juez, pero el magistrado debe rastrear la verdad, basado en lo que dicen los médicos. No interpreta los principios ni los criterios médicos, ni los discute bajo una óptica científica, pues ello sería muy peligroso, en estos casos el juez no ingresará en el campo de la ciencia médica para discutir lo que no sabe o no conoce, sino que ha de aplicar criterios de orden procesal o sustancial, obviamente de raigambre jurídica, que podrán conducirlo a admitir o desestimar la pretensión intentada por el paciente (conf. BUERES, A.J., *"Responsabilidad civil de los médicos"*, edic. 1992, pág. 54; CNCiv., Sala C, 22/09/1994, La Ley, 1995-C-623; CNCiv., Sala J, 31/08/2020, cit.).

Si bien a fs. 229/y vta. la parte demandada y la citada en garantía impugnaron parcialmente la pericia presentada por el Dr. M. J. T., debe recordarse que aun cuando el dictamen pericial carece de valor vinculante para el órgano judicial, el apartamiento de las conclusiones establecidas en aquel debe encontrar apoyo en razones serias, es decir, en fundamentos objetivamente demostrativos de que la opinión de los expertos se encuentra reñida con principios lógicos o máximas de experiencia, o de que existen en el proceso elementos probatorios provistos de mayor eficacia para provocar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos. Sin embargo, cuando el peritaje aparece fundado en principios técnicos inobjetables y no

existe otra prueba que lo desvirtúe, la sana crítica aconseja, frente a la imposibilidad de oponer argumentos científicos de mayor valor, aceptar las conclusiones de aquel (conf. PALACIO, L.E., *"Derecho Procesal Civil"*, T. IV, pág. 720 y jurisprudencia allí citada; MORELLO – SOSA – BERIZONCE, *"Código Procesal Civil y Comercial Comentado y Anotado"*, pág. 455 y sus citas; FALCON, *"Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Anotado Concordado y Comentado"*, pág. 416 y sus citas; CNCiv., Sala J, 18/06/2021, cit.)

Aquí contamos con el dictamen pericial médico de fs. 220/226, la contestación del experto a la impugnación y pedido de explicaciones de fs. 251/y vta. y el dictamen del Cuerpo Médico Forense de fs. 313/315.

En el caso, considero que los expertos actuantes han realizado un adecuado análisis de las constancias obrantes en el expediente y de los antecedentes y documentación correspondiente a la Sra. A., habiendo fundado debidamente las conclusiones a las que arribaran.

No debe olvidarse que el análisis de las conductas, diagnósticos y eventuales tratamientos o intervenciones no pueden sino efectuarse de manera retrospectiva, es decir, valorando las conductas de conformidad a las circunstancias de tiempo y lugar.

El sentenciante debe colocarse ex ante y no ex post facto: lo que debe tomarse en consideración no es un paciente dañado, tratando de reconstruir para atrás el iter de su evolución en forma inversa al acaecimiento de los hechos, sino que quien pretende formarse un juicio debe colocarse en el día y hora en que los profesionales debieron tomar una decisión, ver cuál era entonces el cuadro del enfermo, cuáles eran los elementos con que contaban o podían contar los G.; así, y salvo casos groseros, lo que se debe juzgar es si la acción que realizaron y la decisión que tomaron, estaba dentro de los cánones adecuados a lo que vieron, pudieron, o debieron percibir en ese momento (conf. Cám.Civ.Com. Mar del Plata, Sala 2ª., 28/08/2003, Causa Nº 125.501,

"G., J.M. c/ Hospital Interzonal General de Agudos s/ Ds. y Ps."; ídem, 09/03/2010, Causa Nº 56.773, Cám.Civ.Com. Morón, Sala 2ª., *"R.O. c/ Medic Gem's SA y otros s/ Daños y Perjuicios"*; CNCiv., Sala J, 09/11/2020, Expte. Nº 97.931/2005, *"S. P., C.A. c/ I. C. y Otros s/ Daños y Perjuicios"*; Idem, ídem, 04/12/2008, *"S., V.G. c/ M., J.O. s/ Daños y Perjuicios"*; CNCiv., Sala J, 31/08/2020, cit.).

Con estos elementos concretos, el juzgador forma un tipo de comparación abstracto y circunstancial como específico, que sea representativo axiológicamente- de la conducta que debió observar el sujeto en la emergencia. Y de la confrontación del actuar debido -idealmente supuesto- y el actuar real, obtiene la conclusión buscada (conf. BUSTAMANTE ALSINA, J., *"Teoría general de la responsabilidad civil"*, Nº 812, págs. 250 y 251).

He dicho antes aquí que las conclusiones fundadas en principios técnicos cuya crítica no ha sido formulada con bases en argumentos científicos de mayor valor que demuestren su falta de consistencia, ni existiendo otras probanzas que lo desvirtúen, la sana crítica aconseja aceptar sus conclusiones (conf. PALACIO, L.E., *"Derecho Procesal Civil"*, T. IV, Actos Procesales, pág. 720; CNCiv., Sala J, 22/11/2011, Expte. Nº 75.974/2000, *"L., E. c/ S., E. s/ Daños y Perjuicios"*; ídem, ídem, 18/02/2014, *"B., M.G. y otro c/ S. M. SA y otros s/ Daños y Perjuicios"*).

Sobre estas premisas, no se puede dejar de resaltar el grado de delicadeza y precisión con que se deben valorar las pruebas y circunstancias del caso para determinar la mala praxis. Bajo esta perspectiva, a efectos de evaluar la situación de cada una de las responsabilidades, debe colocarse el juez en la situación de las partes en el momento en que los hechos ocurrían, pues la mirada retrospectiva de todo lo que pudo haberse hecho no ayuda a resolver la temática.

La culpa se aprecia inicialmente en concreto, sobre la naturaleza de la obligación y de las circunstancias de personas, tiempo y lugar. Las condiciones personales del agente deben ser tenidas en cuenta a los efectos de estimar el mayor o el menor deber de previsión con arreglo a lo dispuesto por los entonces vigentes arts. 902 y 909 del Cód. Civil (actual art. 1725 del CCyCN). Con estos elementos concretos el Juez conformará un tipo abstracto de comparación, flexible, circunstancial, específico, que represente la conducta que debió obrar el agente en la emergencia. Y de la confrontación entre el actuar real y el actuar debido (idealmente supuesto) surgirá si hubo o no hubo culpa (conf. BUERES, A.J., comentario al art. 512, en BUERES, A.J. (Dir) – HIGHTON, E. (Coord), *"Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial"*, Ed. Hammurabi, Bs.As., 2004, T. 2-A, pág. 151; del voto de la Dra. Scolarici, CNCiv., Sala J, 31/08/2020, cit.).

I-) Sabido es que el diagnóstico es un acto de indudable trascendencia médica, pues configura la opinión de un profesional acerca del estado del paciente al que arriba luego de interrogarlo (operación denominada "anamnesia" o "anamnesis"), de observar sus síntomas y –en su caso— de efectuarle los estudios y demás exámenes necesarios.

Se trata, en definitiva, de una valoración del médico acerca de los diversos elementos reunidos. Como tal, se ha sostenido con acierto que esa operación valorativa es la que presenta mayores inconvenientes al momento de juzgar la conducta médica, pues al tratarse en definitiva de un juicio incierto y no de una operación matemática, la culpa del profesional debe estimarse con sumo cuidado (conf. VAZQUEZ FERREYRA, R.A., *Responsabilidad Civil por error de diagnóstico médico"*, JA, 1992-II, pág. 74).

En el caso la cuestión central, es observar si se presentaron signos en las consultas médicas previas, que hubieran aconsejado la realización de

estudios complementarios con el fin de obtener un diagnóstico precoz, y comenzar el tratamiento adecuado.

En definitiva, lo que constituiría una pérdida de chance de la paciente, de la probabilidad de haber evitado la patología y los padecimientos posteriores.

El reproche a la actuación profesional del médico demandado consiste en no haber ordenado oportunamente los estudios correspondientes, frente a los síntomas y signos que presentaba la paciente, lo que lo hace a mi juicio responsable por la pérdida de chance de que se adoptaran las medidas tendientes a lograr el diagnóstico y el tratamiento adecuado a sus dolencias a fin de evitar las consecuencias resultantes de la enfermedad (cáncer de cuello uterino) finalmente diagnosticada y que fueran sindicadas por los expertos.

En este sentido, y tal como lo señalara el Dr. L. ALVAREZ JULIA como vocal preopinante de la Sala "C" de la Excma. Cámara Nacional en lo Civil, en autos *"G., G.N. c/ M., G.N. y otros s/ Daños y Perjuicios"*, con fecha 25/03/2014 (Expte. N° 46.692/2009), *"…algunos juristas han formulado desde antaño acerca de la posibilidad de adscribir efectos causales a los actos omisivos, partiendo del viejo adagio ex nihilo nihil fit, y ponderando un sinsentido conceptual sostener que un resultado positivo pueda haber sido causado, en el sentido de las ciencias de la naturaleza, por un no hacer (véase sobre el tema: Prevot, Juan Manuel, "¿Hay causalidad en la omisión?", RCyS 2006, 164). Sin embargo, el propio marco legal obligacional supera ese escollo y permite colegir que no hay diversidad estructural entre ambos supuestos, siendo que el confronte mental para indagar si una omisión es causa adecuada de un resultado final será idéntico, solo que la indagación será doblemente hipotética; ya que en la primera parte de una premisa mayor constituida por un dato real, lo que no sucede en la segunda. Sucede que, como lo enseñaba el maestro Llambías, el derecho no es la física de las acciones, con lo cual, para atribuir la autoría del evento dañoso a un sujeto en base a un criterio de imputación normativo, no es decisivo que se trate de causalidad real o de contacto, ya que para*

el derecho el hacer o el omitir una acción esperada, son causas funcionalmente equivalentes".

"Es así que tal como lo explica Bueres, la relación causal no existe solo cuando medió un acto positivo del médico, sino también cuando hubo una omisión de su parte, o una falta de aplicación del tratamiento adecuado que priva al enfermo de la posibilidad de una curación a la cual razonablemente podía aspirar (conf. Bueres, Alberto J., "Responsabilidad civil de los médicos", 3ª. ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2006, p.264)" (del voto de la Dra. Scolarici, CNCiv., Sala J, 31/08/2020, cit.).

En el caso concreto de autos se quitó a la Sra. A. la posibilidad de otorgarle una chance, una ocasión, una posibilidad de mejoría en su cuadro: al no diagnosticarse y practicarse en el momento oportuno el tratamiento requerido. Aun en la hipótesis que los resultados pudieran ser inciertos o dudosos en cuanto a su efectividad, hay un daño imputable al médico demandado, cual es el de la pérdida de esa posibilidad de evitar o disminuir el daño en la paciente, de haberse llevado a cabo inmediatamente el tratamiento referido, conforme lo han indicado en autos los peritos médicos intervinientes. En tal circunstancia se podrían haber evitado o disminuido las consecuencias de la enfermedad posteriormente diagnosticada (conf. CNCiv, Sala J, 08/08/2019, Expte. N° 15.375/2014, *"G.P.N. y otro c/ O. y otros s/ Daños y Perjuicios"*).

Existía la posibilidad ante un obrar diligente de que el daño ocurriera tal como finalmente tuvo lugar, o no, pero lo que se repara es justamente la pérdida de esa posibilidad.

Así, se ha dicho que cuando el daño consiste en la frustración de una esperanza, en la pérdida de una chance, de una probabilidad, coexisten un elemento de certeza y uno de incertidumbre. Certeza que de no mediar el evento dañoso el damnificado habría mantenido la esperanza futra de –en este caso— evitar el perjuicio. Pero, a la par, incertidumbre –ya definitiva—

de que manteniéndose la situación de hecho que era el presupuesto de la chance, la pérdida se habría evitado (conf. ZANONNI, E., *"El daño en la responsabilidad civil"*, Astrea, Bs.As., 1987, pág. 20).

En este entendimiento, **la conducta desplegada por el médico demandado denota la omisión de llevar a cabo las diligencias apropiadas que el caso exigía, privando a la paciente (Sra. A.) de la atención médica adecuada a su dolencia a la que podía aspirar según las reglas del arte indicaba**.

La *lex artis ad hoc*, alude al conjunto de saberes y procederes que reflejan el estado actual de la ciencia médica y que se encontraban disponibles en el momento de los hechos (conf. CNCiv., Sala K, *"F., K.E. y otro c/ C. C. C. SA y otros s/ Daños y Perjuicios. Resp. Prof. Médicos y Aux. Ordinario"*, 21/10/2014, LLOnline AR/JUR/79531/2014).

No debe olvidarse que *"el deber de previsión será muchas veces más riguroso para el médico que para otras personas, al estar de por medio la vida, la salud, la integridad psicofísica del individuo. El facultativo, en razón del ejercicio de su profesión, tendrá que actuar con un celo que no es de exigir a otras personas que no gozan de esa calidad profesional"* (conf. BUERES, *"Responsabilidad civil de los médicos"*, Depalma, pág. 212).

J-) No comparto las conclusiones a las que arribara en su sentencia en crisis la Sra. Jueza de la primera instancia, sobre todo cuando hace referencia a que en una segunda etapa existió un diagnóstico tardío, pero no imputable al G., dado que -según la Magistrada- la demora en la presentación y cumplimiento de los estudios requeridos no obedeció a la conducta del Dr. T., sino a la de la propia actora, desconociéndose la causa de tal tardanza (conf. fs. 325). Si bien la a quo no lo dice expresamente, está haciendo jugar aquí una figura similar a la del "abandono del tratamiento" para desligar de responsabilidad al G. demandado. Este abandono no lo encuentro configurado en el presente caso pues frente a la falta de respuestas

favorables luego de un tiempo más que considerable y el cuadro progresivo de deterioro de la paciente, sin explicaciones concretas del médico demandado, no parece censurable la decisión de la Sra. A. de consultar a otro profesional. Por otra parte, ante las restantes pruebas rendidas que corroboran la concreción de una mala práctica médica, la actitud adoptada por la paciente no parece inmotivada, caprichosa ni injustificada.

A mayor abundamiento, también coincido con las apreciaciones efectuadas en la expresión de agravios con relación al agregado de una hoja con fecha 15/12/2017 en la Historia Clínica del Dr. T., fecha en la que la Sra. A. estaba internada en el Instituto A. F. de la ciudad de Buenos Aires, por lo que mal pudo ser atendida el mismo día por el médico aquí demandado. Lo dicho es sin perjuicio de las anomalías que surgen con respecto a este documento de los dictámenes periciales médicos obrantes en autos, a los que corresponde remitirme en orden a la brevedad.

Sabido es que las constancias de la historia clínica son un elemento valioso en los juicios que se debate la responsabilidad del G. o del nosocomio, y sus imprecisiones y omisiones no deben redundar en perjuicio del paciente, atendiendo a la situación de inferioridad en que éste se encuentra y la obligación de colaborar en la difícil actividad esclarecedora de los hechos que a aquellos les incumbe (conf. CNCiv., Sala H, 21/03/2017, *"R.C.H. y otros c/ M.C. s/ Daños y Perjuicios – resp. prof. med. y aux"*, MJ-JU-M104202-AR, CNCiv., Sala J, Expte. N° 39.094/2005, *"Z. M., J.M. c/ C. B. SA y otros s/ Daños y Perjuicios"*; CNCiv., Sala J, 31/08/2020, cit.).

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado que el carácter incompleto y por tanto irregular de una historia clínica, constituye presunción en contra de una pretensión eximitoria de la responsabilidad médica, pues de otro modo el damnificado por un proceder médico carecería de la documentación necesaria para concurrir al proceso en igualdad de

posibilidades probatorias (conf. CSJN, Fallos 322:726, disidencia de los jueces Carlos Fayt y Adolfo Roberto Vázquez; 103.229 – CSJN, 04/09/2001, *"P., S.R. y otros c/ Clínica Bazterrica SA y otros"*, La Ley 2002-A-731; VAZQUEZ FERREYRA, R.A., *"La importancia de la historia clínica en los juicios por mala praxis médica"*, La Ley, 1996-B-898).

La historia clínica *"es un elemento clave para el ejercicio profesional del personal sanitario, tanto desde el punto de vista asistencial, pues actúa como recordatorio para el manejo clínico del paciente, como desde el investigador y docente, permitiendo el análisis retrospectivo del quehacer profesional sanitario"* (conf. GRUNBLATT PELOSI, J.E., *"Valor probatorio de la historia clínica informatizada"*, DJ rev. 07/09/2005, pág. 58 y sigs.).

La importancia de la historia clínica es múltiple, ya que por un lado es un derecho del paciente (actualmente reconocido por la ley 26.529) tanto del punto de vista de la documentación de su enfermedad, cuanto de su información adecuada y aún como prueba para los casos en que pudiera entenderse que existió una mala praxis. Pero por otro lado es un deber y carga grave e ineludible tanto del establecimiento asistencial, cuanto del profesional que asiste al paciente, ya que también es prueba de su actuar diligente o de su negligencia, pero también es información imprescindible para el caso de que el paciente debiera asistir a otros centros de salud o a otros profesionales.

Aun antes de la vigencia de la Ley 26.529 la doctrina y la jurisprudencia entendían que su deficiencia o sus inexactitudes generaban la presunción *hominis* de negligencia o impericia, así como de una falta grave en la prestación del servicio de salud.

Resulta claro que las inconsistencias antes reseñadas y las que surgen de las pericias médicas practicadas en autos, constituyen una presunción en contra

del propósito eximitorio perseguido por las accionadas (conf. CNCiv., Sala J, 31/08/2020, cit.).

K-) Sabemos que no todo error de diagnóstico compromete la responsabilidad del profesional. Vale decir, no todo error evidencia culpa del profesional -recuérdese que el médico, por regla, asume obligaciones de medios-. En tal sentido, corresponde distinguir entre el error excusable y el inexcusable. Para que el error médico sea inexcusable y, por lo tanto, para comprometer la responsabilidad del profesional por culpa, el yerro debe ser objetivamente injustificable para un profesional de su categoría o clase (conf. BUERES, *"Responsabilidad civil de los médicos"*, pág. 569; VAZQUEZ FERREYRA, R., *"Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina"*, pág. 121; CALVO COSTA, *"Daños ocasionados por la prestación médico asistencial"*, págs. 236 y 239; TRIGO REPRESAS, *"Reparación de daños por mala praxis médica"*, pág. 140; PAPILLU, J., *"La responsabilidad médica por error de diagnóstico"*, La Ley Online AR/DOC/3204/2021).

En cambio, si la equivocación es de apreciación subjetiva, por el carácter discutible u opinable del tema o materia, se considera que es excusable y por lo tanto no genera responsabilidad.

Se hace necesario investigar si el médico adoptó todas las previsiones que aconseja la ciencia para la elaboración del diagnóstico, aun cuando no sean de práctica. Si el profesional no prevé lo que era previsible entonces puede incurrir en culpa y, consiguientemente, comprometer su responsabilidad (conf. PAPILLU, J., ob. cit.).

Existe consenso respecto de que la culpa del profesional comienza donde terminan las discusiones científicas (conf. MOSSET ITURRASPE, J., *"Frustración de una chance por error de diagnóstico"*, La Ley, 1982-D-479; PIZARRO – VALLESPINOS, *"Tratado de responsabilidad civil"*, T.II, pág. 572).

De este modo, cuando las opiniones se encuentran divididas respecto de alguna cuestión médica, los jueces no deben tomar partido por ninguna de ellas, y deben estar a favor de la no atribución de responsabilidad del médico por haber basado el diagnóstico –o en su caso, un tratamiento— en apoyo de alguna de estas posturas controvertidas (conf. BUSTAMANTE ALSINA, J., *"Teoría general de la responsabilidad civil"*, Abeledo Perrot, Bs.As., 1997, 9ª. edic., pág. 524, N° 1400; CSJN, 13/03/2007, Fallos 330:748; PAPILLU, J., ob. cit.).

Por el contrario, no podrá alegarse la falta de culpa cuando la equivocación proviene del deficiente conocimiento que posea el médico de los medios científicos (conf. CALVO COSTA, *"Daños ocasionados por la prestación médico-asistencial"*, pág. 237).

Conforme lo vengo desarrollado, la culpa puede presentarse como negligencia, imprudencia o impericia. Es posible que el profesional que incurre en error de diagnóstico lo haga por ausencia de conocimientos (impericia), ligereza (no examina lo suficiente al enfermo) o por no haber tomado los recaudos previos necesarios (por ejemplo, estudios clínicos) (conf. CALVO COSTA, ob. cit., pág. 238).

La doctrina enuncia algunos indicios de error de diagnóstico inexcusable (conf. GAMARRA, J., *"Responsabilidad civil médica"*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1989, T. 1, pág. 78; LORENZETTI, *"Responsabilidad civil de los médicos"*, T.II, pág. 122; CALVO COSTA, ob. cit., pág. 246; PAPILLU, J., ob. cit.):

a-) Si el diagnóstico es equivocado porque el médico no está actualizado, o porque no hizo un estudio acabado del paciente. b-) Si el médico confunde la sintomatología.

c-) Si se diagnostica en forma precipitada y superficial, sin bases firmes que indiquen la causa de la enfermedad.

d-) Si en el proceso que implica la emisión del diagnóstico final no investiga las probabilidades de error en que pudo haber incurrido al emitir el diagnóstico presunto y omite corregir las equivocaciones.

L-) En este caso considero que el error del médico demandado ha sido inexcusable y que no estamos ante una equivocación de apreciación subjetiva por parte del mismo, a lo que se suma que no se trata de una tema o materia discutible u opinable y de allí que el yerro sea objetivamente injustificable para él.

Sentado ello, teniendo en cuenta los elementos probatorios reunidos, los que fueron analizados en su conjunto y armónicamente de acuerdo con las reglas de la sana crítica, atendiendo a las circunstancias del caso, siendo estas reglas las del correcto entendimiento humano extraídas con recto criterio de lógica y basadas en la experiencia de las probanzas arrimadas al presente, entiendo que en la oportunidad se acreditaron los hechos invocados por la parte accionante, existiendo pruebas de un proceder contrario a derecho por parte del médico demandado.

Del estudio de las probanzas agregadas a la causa surge la existencia de responsabilidad por mala praxis médica imputable a una actuación negligente e imperita del Dr. W. H. T. en su asistencia a la Sra. G. A. A.

En virtud de las consideraciones efectuadas a lo largo del presente voto, entiendo que la distinguida sentenciante de grado no ha brindado cabal y concreta razón de su juicio conclusivo, dado que existen en la causa elementos fácticos y razones científicas que brindan una conclusión diferente y superadora y se cuenta en el caso con elementos objetivos que nos permiten arribar a una conclusión distinta, por lo que he de proponer al acuerdo admitir los agravios vertidos revocando el fallo apelado en lo que

concierne a la responsabilidad juzgada, concordando con el voto precedente del Dr. Julián Emil Jalil.

3 – Rubros indemnizatorios

3.1 – La pérdida de chance

Habiendo concluido en el punto anterior la existencia de responsabilidad civil por mala praxis del médico demandado en cuanto a la atención que le brindara a la Sra. G. A. A., es necesario establecer ahora los rubros indemnizatorios a favor de los reclamantes.

Dentro del marco de la responsabilidad civil y el derecho de daños, empleamos el galicismo "pérdida de chance" para referirnos a aquel daño en virtud del cual se ve comprometida una posibilidad real de obtener un beneficio o evitar un menoscabo.

Siguiendo a Trigo Represas, la pérdida de chance *"… constituye una zona gris o limítrofe entre lo cierto y lo incierto, lo hipotético y lo seguro; tratándose de una situación en la que media un comportamiento antijurídico que interfiere en el curso normal de los acontecimientos en forma tal que ya no se podrá saber si el afectado por el mismo habría o no obtenido una ganancia o evitado una pérdida de no haber mediado aquel; o sea que para un determinado sujeto había posibilidades a favor y en contra de obtener o no cierta ventaja, pero un hecho de un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas posibilidades…"* (conf. TRIGO REPRESAS, F.A., *"Pérdida de chance de curación y daño cierto, secuela de mala praxis"*, La Ley, 1995-d-95; HERSALIS, M.J., *"Los nuevos desafíos del instituto de la pérdida de chance"*, RCCyC 2020 (abril), 17, LLOnline AR/DOC/562/2020).

Para que se configure la pérdida de la chance, como daño deben darse ciertos requisitos que determinan que el daño sea resarcible:

A-) Se parte de la comisión de un acto ilícito del cual se deriva la pérdida de una chance. La oportunidad o chance que se pierde debe ser seria, real, fundada, habiendo adquirido un grado importante de probabilidad y no una mera expectativa, todo ello, claro está, sin llegar a la certeza pues de ser así ya no se estaría en el ámbito de la pérdida de una chance.

B-) Debe afectar la posibilidad de realizar un interés patrimonial o personal, el derecho reconoce a la pérdida de una chance la calificación de daño relevante jurídicamente en atención a los intereses que se trata de proteger. La pérdida de una chance aparece como daño cuando en el curso natural y ordinario de las cosas, de ciertas circunstancias es posible inferir que, con un porcentaje razonable de posibilidades, ocurrirá cierto evento.

C-) Para estar frente a la pérdida de una chance, como daño no puede existir relación causal directa entre la conducta considerada como ilícita y lo que se pierde como beneficio pues debe tratarse de un resultado aleatorio. Por lo expuesto, la pérdida de una chance es un daño diverso y autónomo al daño final que consiste, precisamente, en no acceder a un resultado esperado (acceso al éxito en el pleito o a la curación de la enfermedad).

D-) No existe certeza de la relación causal entre el acto ilícito y el daño final y es por ello que asume relevancia la pérdida de la chance. Si existe certeza de relación causal no es de aplicación la teoría de la pérdida de la chance.

"Podemos entonces afirmar que, si bien en la pérdida de chance no existe nexo causal entre el hecho y el resultado final –cualquiera sea éste—, lo cierto es que igualmente debe haber una relación de causalidad adecuada entre el actuar del agente y la pérdida de la posibilidad en sí misma" (conf. PICASSO, S. – SAENZ, L.R., *"Tratado de Derecho de Daños"*, Ed. La Ley, Bs.As., 2019, 1ª. ed. T.I, págs. 491/492; ORDOQUE CASTILLA, G., *"La pérdida de una chance como daño resarcible"*, nota a fallo del Tribunal de Apelaciones en lo Civil del 2do. turno de Montevideo, Uruguay, 19/05/2004, *"M.B. y otros c/ Hospital Regional del Salto"*;

HERSALIS, M.J., *"El ámbito deportivo y la chance"*, DJ 15/02/2012, 14, LLOnline AR/DOC/5318/2011; HERSALIS, M.J., *"Los nuevos desafíos…"*, ob. cit.).

En el análisis de la responsabilidad civil se habla de pérdida de oportunidad o chance cuando, de acuerdo con el curso ordinario de los acontecimientos, de no haber mediado el hecho ilícito, la víctima razonablemente podría haber obtenido una ventaja, pero, a la vez, también razonablemente, podría no haberla obtenido. Se trata de hipótesis signadas por una incertidumbre causal generada por el supuesto dañador quien con su conducta provocó una ruptura en el curso ordinario de los acontecimientos decantando en una falta de elementos de juicio suficientes a los efectos de valorar si el damnificado hubiera sufrido o no el daño (conf. HERSALIS, M.J., *"Los nuevos desafíos…"*, ob. cit.).

En este caso, debemos fijar la relación existente entre la pérdida de chance y el derecho a la salud.

Dado que la medicina no constituye una ciencia exacta, en la generalidad del los casos es muy difícil contar con la seguridad de que el paciente habría respondido favorablemente a un determinado tratamiento, pero sí se tiene la certeza de que debió intentarse, con lo cual, la omisión de practicar el tratamiento respectivo importó la pérdida culpable de la oportunidad de recuperación o prolongación de la vida, de acuerdo con las circunstancias (conf. VINEY, G. – JOURDAIN, P y GHESTIN, J. (dir), *"Traité de Droit Civil"*, Ed. LGDJ, París, 1998, 2ª. ed., ap. 280, nota 397, pág. 78, citado en HERSALIS, M.J., *"Los nuevos desafíos…"*, ob. cit.).

Reflexionemos sobre el caso de la Sra. A. que, como consecuencia de una hemorragia interna, decide consultar a un ginecólogo que, no obstante las palmarias manifestaciones de la patología, no diagnostica el cáncer que padecía, de modo que, cuando se lo detectan con posterioridad, en virtud del estado tan avanzado del cuadro clínico y pese a los tratamientos que le

realizaron, la damnificada falleció. Frente a ello, se puede concluir que se ha perdido la oportunidad de sobrevivir de haber contado con un diagnóstico adecuado y a tiempo en aquella primera consulta. Así, hablamos de chance de curación o de sobrevivir.

Como sucede con las distintas hipótesis de pérdida de la chance, no se cuenta con elementos idóneos para enlazar causalmente el daño con el hecho ilícito, con lo que nos queda sostener que la paciente perdió la oportunidad de sustraerse al perjuicio efectivamente sufrido derivado de la falta de información sobre su verdadera patología y la omisión de realizarle -en un tiempo adecuado- todos los estudios y tratamientos que su estado de salud requería y que están prescriptos por la ciencia médica.

En este caso, la oportunidad de curación o sobrevivencia es de carácter personal atento que la naturaleza del bien jurídico protegido que resultara afectado es personal (conf. HERSALIS, M.J., *"Los nuevos desafíos…"*, ob. cit.).

En cuanto al monto de la indemnización por pérdida de la chance, es de hacer notar que este no se determina por el daño y su cuantía o el beneficio esperado, sino por la pérdida de la oportunidad, lo que naturalmente es menor (conf. TRIGO REPRESAS, F.A. – LOPEZ MESA, M., *"Tratado de la responsabilidad civil"*, Ed. La Ley, Bs.As., 2004, 1ª. ed., T. I, págs. 471/472).

Conforme lo hasta aquí expuesto, podemos decir que la privación de las chances de curación consiste en la omisión de proveerle al paciente de las técnicas y procedimientos aceptados por la medicina, para elevar las posibilidades de detención y/o reversión del proceso mórbido, hasta los niveles de efectividad media constatados por la ciencia en un contexto histórico y geográfico determinado (conf. CALVO COSTA, C.A., *"Derecho de las Obligaciones"*, Ed. Hammurabi, Bs.As., 2016, 2ª. edi., T. 2, pág. 456; NIETO, M., *"Resarcimiento de la pérdida de la chance de curación"*, LLNOA 2018 (mayo), 3; RCyS 2018-VIII,53, LLOnline AR/DOC/757/208; HERSALIS, M.J., *"La*

praxis médica y la pérdida de la chance en materia de curación", RCyS 2020-XII, 110, LLOnline AR/DOC/3244/2020).

En cuanto a la cuantificación de este rubro, he de coincidir con el voto que antecede que la misma debe realizarse conforme las reglas de la sana crítica y el prudente arbitrio judicial. Teniendo ello presente, considero adecuado y razonable fijar como monto indemnizatorio por la pérdida de chance, la suma de **$ 700.000.- (SETECIENTOS MIL PESOS)**, con más los intereses a la tasa activa para las operaciones de descuento de documentos comerciales del B. del C. S.A., los que se computarán desde el día en que se realizara a la Sra. A. el Laboratorio de Anatomía Patológica obrante a fs. 167 (29 de Febrero de 2016) y que informó como Diagnóstico: *"Fragmentos de carcinoma indiferenciado"*, hasta su efectivo pago. Esta suma deberá ser abonada por los demandados a los actores dentro de los diez días de quedar firme la presente.

3.2 – <u>El daño moral</u>

Si bien a partir del 1 de Agosto de 2015 ha entrado en vigor el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, los hechos ventilados en el sub lite (y, por ende, la constitución de la obligación de reparar) han acaecido durante la vigencia del Código Civil derogado. Por consiguiente -y con excepción de lo que enseguida diré respecto de la cuantificación del daño- la cuestión debe juzgarse -en principio- a la luz de la legislación derogada, que mantiene ultractividad en este supuesto (art. 7 CCyCN).

Debe hacerse excepción a esta regla en lo que respecta a las normas relativas a la cuantificación del daño, dado que ellas no se refieren a la constitución de la relación jurídica (obligación de reparar) sino solo a las consecuencias de ella, y no varían la naturaleza ni la extensión de la indemnización que tiene derecho a percibir la víctima, pues se limitan a sentar una pauta para su liquidación. En este sentido dice Kemelmajer de Carlucci: *"Hay cierto*

acuerdo en que debe distinguirse entre la existencia y la cuantificación del daño. La segunda operación debe realizarse según la ley vigente en el momento en que la sentencia determina la medida o extensión" (conf. KEMELMAJER de CARLUCCI, A., *"La aplicación del Cód. Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Segunda Parte"*, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2016, pág. 234). Por este motivo las reglas contenidas en el art. 1741 del CCyCN son directamente aplicables al sub lite (conf. CNCiv., Sala A, 21/10/2019, LLOnline AR/JUR/42085/2019). Este criterio lo expuse ya con anterioridad al emitir mi voto in re: *"D., C.B. c/ I., F.J. s/ Daños y Perjuicios"*, sentencia del 03/02/2022, Reg. Nº 21/22).

En ese caso, sabemos que la indemnización por daño moral comprende únicamente al damnificado directo, pero si del hecho resulta la muerte de la víctima, tienen acción los herederos forzosos. Es éste el caso que nos convoca y de allí que corresponda considerar este rubro indemnizatorio.

Aun cuando el perjuicio sea leve -no es éste el caso, obviamente- si el mismo reviste el carácter de "injusto" para la víctima, debe ser reparado por el responsable. Resulta contrario al espíritu actual del derecho de daños, rechazar la posibilidad de que la víctima pueda reclamar la reparación de un perjuicio que ha sufrido injustamente.

Si se acepta que los perjuicios económicos mínimos son indemnizables, por fuerza también deben serlo los desmedros espirituales de cualquier significación, porque el mayor o menor alcance del daño no excluye el resarcimiento, solo define la importancia de la indemnización (conf. ZAVALA de GONZALEZ, M., *"Los daños morales mínimos"*, La Ley, 2004-E1311).

En definitiva, para la existencia de un daño moral resarcible basta con que el hecho ilícito haya lesionado intereses extrapatrimoniales de la víctima y tenido cierta repercusión en la esfera espiritual de la persona, sin que sea

preciso que nos encontremos ante daños catastróficos o circunstancias excepcionales o gravemente lesivas (conf. CNCiv., Sala A, 21/10/19, cit.).

Bustamante Alsina explicó que *"…si el daño recae sobre un bien jurídico inmaterial atacando la vida, el cuerpo, la salud, el honor o la libertad de una persona y afecta al mismo tiempo un interés jurídico no patrimonial, el daño es moral directo. Si el mismo daño repercute en el patrimonio por la pérdida de un beneficio económico afectando así un interés jurídico patrimonial, el daño es patrimonial indirecto…"*. En función de ello, *"… el daño moral es menoscabo cuya entidad se agota en el ataque o lesión a derechos extrapatrimoniales …"* (conf. BUSTAMANTE ALSINA, J., *"Teoría general de la responsabilidad civil"*, 9ª. edic. ampliada y actualizada, Ed. Abeledo Perrot, Bs.As., 1997, pág. 239; CASIELLO, J.J., *"Sobre el daño moral y otros pretendidos daños"*, La Ley, 1997A-177; *"Responsabilidad Civil – Doctrinas Esenciales"*, T. III, pág. 79).

Por su parte, Bueres en las 2das. Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (San Juan, 1984), suscribió que *"… daño moral es el menoscabo o pérdida de un bien en sentido amplio que irroga una lesión a un interés amparado por el derecho, de naturaleza 'extrapatrimonial'. Dicho interés tiene un contenido puramente espiritual (sufrimiento, dolor, aflicción, angustia, desánimo, desesperación, pérdida de la satisfacción de vivir, etc.). El llamado 'daño moral objetivable' –o perjuicio que incide en la parte social del patrimonio— queda fuera del significado en análisis …"* (conf. ALFERILLO, P.E., *"Cuantificación del daño moral en el Código Civil y Comercial"*, RCyS 2020-IV, 3, LLOnline AR/DOC/643/2020).

Se advierte que los autores citados han puesto énfasis para caracterizar el daño moral, en la clase de derecho o interés lesionado sobre el bien.

Ante estas definiciones, la mayor preocupación de Pizarro cuando procuraba definir el concepto de daño moral fue, justamente, precisar su esencia, cuando aseguraba que debía ser calibrado por lo que es antes que por lo que no es (conf. PIZARRO, D.R., *"Daño moral. Prevención. Reparación.*

Punición", Colección Responsabilidad Civil, 17, Ed. Hammurabi, Bs.As., 2004, 2ª. ed., pág. 33).

Para concretar ese propósito, el autor citado dijo que *"… el daño moral importa, pues, una minoración en la subjetividad de la persona, derivada de la lesión a un interés no patrimonial. O, con mayor precisión, una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial …"* (conf. ibidem, pág. 46).

La base de este concepto fue acuñado en la ponencia presentada por Zavala de González en las "Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil – 1982" y sostenida, como conclusión junto a otros juristas, cuando dijeron: *"… A) Daño moral es una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquel en que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial …"* (conf. ALFERILLO, P.E., ob. cit.).

Para comprender la ubicación del daño moral en la secuencia de causasefectos que forman la unidad conceptual del daño con trascendencia jurídica, se debe observar: a) el hecho antijurídico produce el menoscabo de los bienes que conforman la integridad psicofísica/social o patrimonial de la persona damnificada sobre los cuales la víctima tiene derechos e intereses tutelados que por cierto también son vulnerados. b) Ello, puede generar secuelas económicas. c) De igual modo, puede vulnerar el bienestar o equilibrio espiritual (bien tutelado) de la persona lesionada produciendo como secuela dolor, desazón, angustia, etc., que no llega a ser patológico.

En otras palabras, el perjuicio moral debe ser calificado como "consecuencia" porque es siempre secuela que acaece sobre la integridad de la psique de la

persona de modo no patológico derivado del menoscabo de un derecho o interés relacionado con la integridad psicosomática-social o patrimonial de la persona que vulnera su bienestar espiritual y la coloca en un estar disvalioso.

En conclusión, se precisa que el daño moral es el menoscabo que sufre una persona en su bienestar psíquico (espiritual) sin que el estado negativo sobreviniente (tristeza, dolor, amargura, inseguridad, angustia, etc.) llegue a configurar una situación patológica (conf. ALFERILLO, P.E., ob. cit.).

Desde una concepción sistémica -en donde la Constitución constituye el vértice o núcleo- el Derecho tutela intereses trascendentes de la persona, además de los estrictamente patrimoniales (conf. TOBIAS, J.W., *"Hacia un replanteo del concepto (o el contenido) del daño moral"*, La Ley, 1993-E, 1227, Responsabilidad Civil – Doctrinas Esenciales –, T. III, pág. 33; CNCiv., Sala J, 25/02/2010, Expte. Nº 87.802/2000, *"V., S.N. c/ U., A.D. y otro s/ Daños y Perjuicios"*; Idem, ídem, 15/04/2020, Expte. Nº 114.354/2003, *"R., J.C. c/ M., L.E. s/ Daños y Perjuicios"*; entre otros).

Este instituto se aplica cuando se lesionan los sentimientos o afecciones legítimas de una persona que se traducen en un concreto perjuicio ocasionado por un evento dañoso. Dicho en otros términos, cuando se perturba de una manera u otra la tranquilidad y el ritmo normal de vida del damnificado, sea en el ámbito privado, o en el desempeño de sus actividades comerciales.

Con atinado criterio se ha expresado que el daño patrimonial afecta lo que el sujeto tiene, en cambio, el daño moral lesiona lo que el sujeto "es" (conf. ZAVALA de GONZALEZ, M., *"Resarcimiento de Daños, Presupuestos y Funciones del Derecho de Daños"*, T. 4, págs. 103, 1143 y *"El concepto de daño moral"*, JA, 06/02/1985; CNCiv., Sala J, 23/06/2010, Expte. Nº 26.720/2002, *"P.,*

M.J. c/ L., A.F. y otros s/ daños y perjuicios"; Idem, ídem, 15/04/2010, *"R., J.C. c/ M., L.E."*, cit.).

En el supuesto en estudio considero que el reclamo es procedente, en tanto que es más que presumible que la Sra. A. se haya visto afectada en su estado espiritual, por las inquietudes, zozobras y aflicciones que le ha causado el evento dañoso previo a su fallecimiento. Este originario sufrimiento de la referida señora se ha instalado, sin ninguna duda, como daño que han sufrido sus herederos como consecuencia de la mala praxis en que incurriera el médico demandado y de allí la necesidad de su debida indemnización sin considerar el fatal desenlace (el fallecimiento) sino los padecimientos que han sido consecuencia del agravamiento del estado de salud de la madre y su pérdida de la chance de la cual ya me he explicado aquí precedentemente.

Es dable señalar, que la procedencia y determinación de este daño no está vinculada a la existencia o entidad de los perjuicios materiales, pues media interdependencia entre tales rubros, que tienen su propia configuración (conf. LLAMBIAS, J.J., *"Tratado de Derecho Civil – Obligaciones"*, T. 1, pág. 13, Ed. Abeledo – Perrot; CSJN, 06/10/2009, *"Arisnabarreta, R.J. c/ EN (Min. de Educación y Justicia de la Nación) s/ Juicios de Conocimiento"*; Idem, 07/11/2006, *"Bianchi, I del Carmen Pereyra de c/ Buenos Aires, Provincia de y Camino del Atlántico SA y/o quien pueda resultar dueño y/o guardián de los animales causantes del accidente s/ Daños y Perjuicios"*, Fallos 329:4944; Idem, *"Ferrari de Grand, T.H.M. y Otros c/ Entre Ríos, Provincia de y Otros s/ Daños y Perjuicios"*, Fallos 329:3403; Idem, 06/03/2007, ORI, *"Mosca, H.A. c/ Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y Otros s/ Daños y Perjuicios"*, Fallos 330:563; entre muchos otros; CNCiv., Sala J, *"G., M.E. y Otro c/ G. S.A. s/ Daños y Perjuicios"*, 19/05/2021, La Ley Online AR/JUR/32161/2021).

Asimismo, el art. 1741 del CCyCN in fine establece que *"el monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y*

compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas" delimitando la actividad jurisdiccional y acentuando sus funciones reparatorias.

En otras palabras, el monto del resarcimiento debe permitir procurarse un placer que compense o sustituya el displacer sufrido, criterio que jurisprudencialmente se viene aplicando de manera inveterada por nuestros tribunales (conf. CNCiv., Sala J, 19/05/2021, cit.).

En cuanto a su valuación, cabe recordar lo señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el sentido de que: *"El dolor humano es apreciable y la tarea del juez es realizar la justicia humana; no se trata de una especulación ilícita con los sentimientos sino de darle a la víctima la posibilidad de procurar satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido"*.

Señaló nuestro Máximo Tribunal que *"… Aún cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido. Se trata de compensar, en la medida de lo posible, un daño consumado …". "… El dinero es un medio de obtener satisfacción, goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales. El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. Empero, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida …"* (conf. CSJN, 12/04/2011, *"Baeza, S.O. c/ Provincia de Buenos Aires y Otros"*, RCyS, Noviembre de 2011, pág. 261, con nota de J.M. GALDOS; CNCiv., Sala A, 17/07/2014, *"R.M.B. c/ Banco Supervielle SA s/ Daños y Perjuicios"*, del voto del Dr. Sebastián Picasso; MJ-JU-M-88578-AR / MJJ88578 / MJJ88578; CNCiv., Sala J, 19/05/2021, cit.).

Conforme lo expuse en el comienzo de este punto, aun cuando el hecho dañoso sea anterior a su vigencia, la cuantía indemnizatoria debe fijarse conforme la pauta orientadora fijada por la actual legislación de fondo.

En virtud de ello, ponderando las circunstancias fácticas que rodearon la cuestión sometida a juzgamiento, las afecciones padecidas por la Sra. A. y las que han sufrido sus herederos reclamantes en autos, considero que el reclamo es procedente.

En cuanto a la cantidad establecida en el voto precedente por mi distinguido colega, Dr. Julián Emil Jalil, considero que el monto del resarcimiento por Daño Moral permitirá procurar a los reclamantes un placer que compense o sustituya el displacer sufrido, conforme surge del mismo.

En consecuencia, el Dr. W. H. T. y la citada en garantía S. C. A. de S. S.A., deberán abonar a cada uno de los accionanates en concepto de "Daño Moral", dentro de los diez días de quedar firme la presente, la suma de **$ 200.000.- (DOSCIENTOS MIL PESO**S), lo que hace un total para el rubro de **$ 1.000.000.- (UN MILLON DE PESOS)** que se fija como valor actual a la fecha en que se dicta esta sentencia, con más los intereses que se calcularán al 6% anual desde el día 29 de Febrero de 2016 (fecha de emisión del Laboratorio obrante a fs. 167) hasta el vencimiento del plazo aquí fijado para su pago. Ante el incumplimiento del pago en el término aquí determinado, se incorporarán a lo adeudado los intereses a la tasa activa del B. del C. S.A. para las operaciones de descuento de documentos comerciales desde el día del incumplimiento hasta su efectivo pago.

4 – <u>Conclusión</u>

En razón de los fundamentos hasta aquí expuestos, es mi conclusión que corresponde: **a-) Revocar** la sentencia apelada en cuanto rechazó la demanda entablada por responsabilidad médica; **b) Hacer lugar** a la demanda entablada por los Sres. E. F. C., por sí y en representación de su hermana

menor V. N. P., K. A. C., A. A. C. y M. N. C., contra W. H. T. y la citada en garantía S. C. A. S. S.A.; **c) Condenar** a los demandados a abonar a los actores, dentro de los diez días de quedar firme la presente, la suma de $ 700.000.- (Setecientos Mil Pesos) en concepto de "pérdida de chance", con más los intereses conforme la tasa activa del B. del C. S.A. para sus operaciones de descuentos de documentos comerciales, que se calcularán desde el día 29 de Febrero de 2016 hasta su efectivo pago; y **d) Condenar** a los demandados a abonar a cada uno de los actores, dentro de los diez días de quedar firme la presente, la suma de $ 200.000.- (Doscientos Mil Pesos) en concepto de "Daño Moral", lo que hace un total de $ 1.000.000.- (Un millón de pesos), con más los intereses al 6% anual a calcularse desde el día 29 de Febrero de 2016 hasta el vencimiento del plazo que aquí se fija para su pago. La falta de pago en el plazo aquí determinado provocará la incorporación al monto adeudado los intereses a la tasa activa del B. C. S.A. para sus operaciones de descuento de documentos comerciales, calculados desde el vencimiento de la obligación hasta su efectivo pago.

Así lo voto.

5 – <u>Adecuación de costas y honorarios</u>

La revocación de la sentencia apelada conduce a realizar la adecuación de costas y honorarios que establece el art. 282 del ritual.

En consecuencia, las costas de la primera instancia se imponen a la parte demandada (W. H. T.) y su aseguradora citada en garantía (S. C. A. de S. S.A.) (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de las Dras. M. A. V. y N. E. S., en conjunto y proporción de ley, letradas apoderada y patrocinante de la parte actora, en el 18% del monto del proceso; los que corresponden al Dr. L. A. N., en su carácter de letrado apoderado del demandado W. H. T., en el 14% del monto del proceso; los de este mismo letrado, en su carácter de

letrado apoderado de la citada en garantía S. C. A. S. S.A., en el 14% del monto del proceso y los del Perito Médico Dr. M. J. T., en el 5% del monto del proceso (conf. arts. 5, 6, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.). En todos los casos, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el IVA de así corresponder.

6 – <u>Costas de la Alzada</u>

Las costas de la Alzada se imponen a la parte demandada y a su aseguradora citada en garantía que resultan perdidosas en el recurso que se le concediera a la parte actora (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de la letrada apoderada de la recurrente, Dra. M. A. V., en el 35% de los que les correspondan por su labor en la primera instancia y regulando los del Dr. L. A. N., letrado apoderado del demandado y de la citada en garantía, en el 25% de los que les correspondan por su labor en la instancia originaria (conf. arts. 5, 13, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.); en ambos casos, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de corresponder.

<u>A LA PRIMERA CUESTION</u>, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota por la **NEGATIVA**.

<u>A LA SEGUNDA CUESTION</u>, el Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil JALIL, dijo:

En base a los argumentos expuestos considero que el pronunciamiento que corresponde dictar es el siguiente:

1. HACER LUGAR al recurso de apelación incoado y **REVOCAR** la sentencia puesta en crisis en cuanto rechazó la demanda, disponiéndose hacer lugar al reclamo, debiendo el demandado W. H. T. y la citada en garantía S. C. A. S. SA, abonar a los señores E. F., C., por sí y en representación de su hermana menor V. N. P., K. A. C., A. A. C. y, por sí, M. N. C., la suma de $700.000 por perdida de la chance, con más intereses calculados conforme el promedio de la tasa activa empleada por el B. C. para sus operaciones de descuento de documentos comerciales, desde la fecha en la que se consolidara el menoscabo, tomándose por tal el día 29 de febrero de 2016, momento en el cual se diagnosticó en la Señora A. la presencia de carcinoma indiferenciado (fs. 167) hasta el efectivo pago, en un plazo de 10 días contados a partir del momento en el que quede firme la presente. Adunándose la suma de $ 1.000.000, (a razón de **$** 200.000 para cada uno de los actores) en concepto de daño moral**,** con más el 6 % de interés contado desde la fecha indicada en el punto anterior, pagaderos también transcurridos 10 días de quedar firme este pronunciamiento. Fenecido dicho plazo se agregaran los intereses de la tasa activa empleada por el B. del C. para sus operaciones de descuento de documentos comerciales hasta el efectivo pago.

2. READECUAR las costas de grado **IMPONIÉNDOLAS** a la demandada vencida y a la citada en garantía (art. 69 del CPCC), y **REGULANDO** los honorarios de las letradas de la parte actora, Abogadas M. A. V. y N. E. S., (apoderada y patrocinante respectivamente) en el 18%, en conjunto y proporción de ley; los del Abogado L. A. N. en el 14% en su calidad de letrado del médico demandado W. H. T., con más el 14% en su calidad de letrado de la citada en garantía S. C. A. S. SA; los del perito médico M. J. T. en el 5%; todos ellos sobre la suma que resulte en definitiva, en tanto sean superiores a los mínimos legales, debiendo adicionarse el IVA si correspondiere.

3. IMPONER LAS COSTAS por el recurso interpuesto por la actora a la parte demandada (el médico W. H. T.) y a la citada en garantía perdidosas (Conf. art. 69 del CPCC).

4. REGULAR los honorarios por actuación en la Alzada, fijar los honorarios de la letrada de la parte actora, Abogada M. A. V. en el 35 % y los del letrado del médico demandado W. H. T. y de la citada en garantía S. C. A. S. SA, Abogado Abogado L. A. N. en el 25%; todos ellos sobre la cantidad fijada en la Instancia anterior con más el IVA si correspondiere, siempre que el monto resultante supere el mínimo previsto en la Ley de Honorarios Profesionales, o en su defecto se aplicará éste último (Conf. arts. 5, 7 y 13 de la Ley Arancelaria).

5. REGISTRESE, notifíquese y devuélvase.

Así lo voto.

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Sr. Juez Dr. Julián Emil Jalil, expresión de la decisión del Cuerpo que se ha formado al tratar la primera cuestión.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que el Dr. Guillermo D. Hansen no emitió opinión por haberse formado a mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17), pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de mayo de 2022.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A

1. HACER LUGAR al recurso de apelación incoado y **REVOCAR** la sentencia puesta en crisis en cuanto rechazó la demanda, disponiéndose hacer lugar al reclamo, debiendo el demandado W. H. T. y la citada en garantía S. C. A. S. SA, abonar a los señores E. F., C., por sí y en representación de su hermana menor V. N. P., K. A. C., A. A. C. y M. N. C., la suma de $700.000 por perdida de la chance, con más intereses calculados conforme el promedio de la tasa activa empleada por el B. del C. para sus operaciones de descuento de documentos comerciales, desde la fecha en la que se consolidara el menoscabo, tomándose por tal el día 29 de febrero de 2016, momento en el cual se diagnosticó en la Señora A. la presencia de carcinoma indiferenciado (fs. 167) hasta el efectivo pago, en un plazo de 10 días contados a partir del momento en el que quede firme la presente. Adunándose la suma de $ 1.000.000, (a razón de **$** 200.000 para cada uno de los actores) en concepto de daño moral**,** con más el 6 % de interés contado desde la fecha indicada en el punto anterior, pagaderos también transcurridos 10 días de quedar firme este pronunciamiento. Fenecido dicho plazo se agregaran los intereses de la tasa activa empleada por el B. C. para sus operaciones de descuento de documentos comerciales hasta el efectivo pago.

2. READECUAR las costas de grado **IMPONIÉNDOLAS** a la demandada vencida y a la citada en garantía (art. 69 del CPCC), y **REGULANDO** los honorarios de las letradas de la parte actora, Abogadas M. A. V. y N. E. S., (apoderada y patrocinante respectivamente) en el 18%, en conjunto y proporción de ley; los del Abogado L. A. N. en el 14% en su calidad de letrado del médico demandado W. H. T., con más el 14% en su calidad de letrado de la citada en garantía S. C. A. S. SA; los del perito médico M. J. T. en el 5%; todos ellos sobre la suma que resulte en definitiva, en tanto sean

superiores a los mínimos legales, debiendo adicionarse el IVA si correspondiere.

4. IMPONER LAS COSTAS por el recurso interpuesto por la actora a la parte demandada (el médico W. H. T.) y a la citada en garantía perdidosas (Conf. art. 69 del CPCC).

5. REGULAR los honorarios por actuación en la Alzada, fijar los honorarios de la letrada de la parte actora, Abogada M. A. V. en el 35 % y los del letrado del médico demandado W. H. T. y de la citada en garantía S. C. A. S. SA, Abogado Abogado L. A. N. en el 25%; todos ellos sobre la cantidad fijada en la Instancia anterior con más el IVA si correspondiere, siempre que el monto resultante supere el mínimo previsto en la Ley de Honorarios Profesionales, o en su defecto se aplicará éste último (Conf. arts. 5, 7 y 13 de la Ley Arancelaria).

5. REGISTRESE, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL N° /22.SDC