En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los veintiuno días del mes de abril del año dos mil veintitrés, se reúne en acuerdo la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial nro. II con asiento en esta ciudad, con la presidencia de la Dra. Verónica Daniela Robert y asistencia del primer vocal Dr. Manuel Horacio Pis Diez y del segundo vocal Dr. Günter Enrique Flass (tribunal designado según lo establecido en los arts. 5, 6 y 8 del Acuerdo 15/21/CACR), para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"SUCESORES DE J., V. J. c/ E., M. y otros s/ SUMARIO (Daños y Perjuicios)", expte. nro. 284/22**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 1 (expte. nro. 143/15), y atento al resultado de los sorteos de fechas 28 de septiembre de 2022 y 16 de diciembre de 2022 (art. 271 del Código Procesal Civil y Comercial y Acuerdo Plenario nro. 4899/2020, respectivamente), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Verónica Daniela Robert, Dr. Manuel Horacio Pis Diez y Dr. Günter Enrique Flass.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la Sentencia nro. 13/22 de fecha 19 de abril de 2022? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, la Dra. Robert dijo:

Vienen estos autos a mi conocimiento, con motivo de los recursos de apelación interpuestos por las partes actora y los codemandados Dr. M. A. F., Dr. M. F. E., A. E. de S. M., y las citadas N. C. de S. S.A. y S. M. S.A.

1. *El fallo apelado*:

La SD 13/22 hizo lugar parcialmente a la demanda y, en consecuencia, condenó a M. F. E., M. A. F. y A. E. de S. M. de Comodoro Rivadavia a abonar en el plazo de diez (10) días de quedar firme la presente, a M. O. C., S. J., M. J., M. N. J. y M. C. J., quienes intervienen en carácter de sucesores de quien en vida fuera V. J. J., la suma de pesos un millón cuatrocientos noventa mil ($1.490.000), más los intereses correspondientes a la tasa activa utilizada por el Banco de la Nación Argentina para operaciones de descuento de documentos comerciales. Dispuso que la presente tendrá idénticos efectos para las citadas en garantía N. C. de S. S.A. y S. M. S.A., en el marco del contrato y conforme los términos establecidos en las pólizas contratadas con los galenos y el sanatorio condenados. Impuso las costas a los demandados vencidos M. F. E., M. A. F. y A. E. de S. M. de C. R. Reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

2. *Recursos*:

Contra la resolución de grado interpusieron recurso de apelación, la parte actora (ID 645101); la citada en garantía N. C. de S. S.A. por el codemandado E., y la A. E. (ID 648063); la codemandada A. E. de S. M. (ID 647175); el codemandado M. A. F. (ID 649026), la citada en garantía S. M. S.A., (ID 649024). Los recursos fueron concedidos mediante resolución de fecha 26 abril de 2022. Obran los agravios en escritos digitales ID 699189, ID 698662, ID 696175, ID 691895, ID 691892. Obra réplica de la actora a los agravios del codemandado F. y la citada S. M. en ID 708315, y a los planteos de la codemandada A. E. de S. M. de C. R. y la citada en garantía N. C. de S. SA en ID 727324. La codemandada A.

E. de S. M. contestó los agravios de la actora mediante ID 726766.

3. *Antecedentes*:

Que a fs. 122/144vta. se presenta el señor V. J. J. mediante letrado apoderado promoviendo demanda de daños y perjuicios contra M. F. E., M. A. F. y A. E. de S. M. de C. R. por la suma de $1.713.600 y/o lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse, más intereses, actualización monetaria y costas.

Asimismo, cita en garantía a C. N. S.A. A. de R. P.

Relata que comenzó con sintomatología urinaria denominada hematuria (sangre en la orina) en el mes de noviembre de 2011, por la cual concurrió a la A. E. de S. M., obteniendo un turno con el Dr. M. E., de especialidad urólogo, quien en la primera consulta le requirió un urocultivo que arrojó resultado negativo. Sin perjuicio de ello, el médico tratante le diagnosticó infección urinaria medicándolo a tales efectos.

Dice que el médico tratante le ordenó la realización de una tomografía computada, que se realizó en el nosocomio demandado y que fue practicada por el médico especialista en diagnóstico por imágenes, Dr. M. F., cuyo informe transcribe.

Manifiesta que concurrió a la consulta del Dr. E. con el informe del Dr. F. y las imágenes respectivas, e indica que aquel solo se limitó a leer las conclusiones de F., sin detenerse a visualizar las imágenes de dicho informe.

Expresa que la sintomatología continuó, por lo que, hasta el mes de mayo de 2012, el señor J. se presentó en numerosas oportunidades a ver al médico tratante e

incluso se presentó en el nosocomio demandado para ser atendido por guardia, limitándose el médico tratante a ordenarle nuevos urocultivos que continuaron arrojando resultado negativo, a pesar de lo cual el galeno continuaba diagnosticando una infección urinaria, omitiendo ordenar estudios más específicos, como resonancia magnética, desoyendo los protocolos que marcan las asociaciones de urología frente a la sintomatología descripta.

Frente al panorama expuesto, el señor J. decidió realizar una interconsulta con el Dr. H. A. quien, atento a los síntomas descriptos por el paciente, solicitó en fecha 27/04/2012 con carácter urgente la realización de una resonancia magnética por hematuria, la que fue realizada por el Dr. C. B. en fecha 02/05/2012, advirtiendo este profesional un tumor en el riñón izquierdo del actor.

Posteriormente, el señor J. realizó una nueva consulta con el Dr. A. arrimando la resonancia magnética realizada, quien le explica la patología encontrada y ordena una urgente derivación a Buenos Aires.

Asimismo, el actor le llevó al Dr. A. la tomografía realizada por el Dr. F. a pedido del Dr. E. en noviembre de 2011 y allí el Dr. A. visualizó claramente, al ver las imágenes de la tomografía, la presencia de un tumor en el riñón izquierdo, evidentemente no advertido por el especialista que realizó la tomografía computada en el sanatorio demandado -Dr. F.-, ni por el urólogo que lo atendía en ese momento -Dr. E.-.

Señala que lamentablemente el tamaño del tumor en un riñón había aumentado significativamente desde el mes de noviembre de 2011 en que se realizó la tomografía

computada, hasta el mes de mayo de 2012, fecha en que se realizó la resonancia magnética que derivara en el posterior diagnóstico correcto.

Asevera que la demora en el diagnóstico ha provocado consecuencias serias en la salud del actor, en tanto es probable que el tumor haya sido originariamente benigno y, en ese caso, se lo habría atacado de una manera menos invasiva evitando en consecuencia la pérdida del órgano. Y aún siendo maligno, de haberse diagnosticado a tiempo, pudo haber sido agredido con tratamientos no tan severos como la extirpación del riñón.

Comenta que el 12/06/2012 le realizaron una intervención quirúrgica -nefrectomía radical izquierda laparoscópica- mediante la cual se le extirpó en su totalidad el riñón izquierdo. Además, los estudios patológicos han corroborado la existencia del carcinoma urotelial maligno y afortunadamente no se ha detectado la existencia de metástasis en las células y ganglios linfáticos que lo rodeaban, según informe del Hospital I. de fecha 13/06/2012.

Explica que desde aquel momento el señor J. debió someterse a innumerables controles posquirúgicos en el hospital mencionado y destaca que el error en el diagnóstico y, consecuentemente, la falta de diagnóstico oportuno ha puesto en riesgo la vida del actor, y ha provocado la pérdida del órgano afectado por el tumor, con la repercusión de su salud física, psíquica y emocional.

Agrega que el cuadro expuesto se ve agravado porque el señor J. es un paciente de alto riesgo por padecer enfermedad pulmonar obstructiva crónica e hipertensión

arterial, ambas preexistentes, pero que han debido evaluarse al momento de realizar los estudios prequirúrgicos.

Se explaya sobre el incumplimiento por parte del médico urólogo -Dr. E.- del protocolo seguido por la S. A. de U. y F. A. de U., sobre la falta de diagnóstico y de prescripción de estudios específicos complementarios. Replica dicha crítica respecto al médico especialista en diagnóstico por imágenes –Dr. F., al omitir la información sobre la existencia del tumor que evidenciaban las imágenes del estudio realizado.

Efectúa argumentación sobre la legitimación pasiva y funda la atribución de responsabilidad civil respecto de los dos galenos demandados y del establecimiento médico.

Detalla las partidas indemnizatorias que componen su reclamo.

Funda en derecho. Ofrece prueba.

Hace reserva del caso federal.

A fs. 160 se corre traslado de la acción a los demandados para que comparezcan, constituyan domicilio y la contesten, opongan excepciones previas y ofrezcan las pruebas de que intenten valerse. Asimismo, se cita en garantía a la aseguradora indicada por el actor en su demanda.

A fs. 268/277 se presenta la A. E. de S. M. de C. R. mediante letrado apoderado y opone al progreso de la acción promovida la defensa de fondo de falta de legitimación pasiva y, subsidiariamente contesta la demanda. Cita en garantía a N. S.A. A. de R. P.

En cuanto a la defensa opuesta, explica que el actor contrató a un profesional médico de su confianza

para asistirlo en su dolencia -Dr. R. P.- y este último lo derivó a otro médico especialista, el Dr. M. E. quien requirió la realización de estudios de diagnóstico realizados por el Dr. M. F. Destaca que el contrato médico nació, se celebró y ejecutó entre el paciente y los profesionales médicos, con absoluta exclusión del centro asistencial.

Señala que el actor no realizó ningún reproche en su demanda acerca de supuestos vicios o daños ocasionados por personal auxiliar dependiente del sanatorio social o con su aparatología, sino que ubica y reitera en varios pasajes de su reclamo inicial, la supuesta mala praxis en la exclusiva y excluyente actividad galénica de los Dres. M. E. y M. F.

Sostiene que el actor funda su demanda en un supuesto error de diagnóstico por parte de los profesionales médicos por él contratados, pero no por o con origen en la utilización de instalaciones del Sanatorio Social. Sobre la base de dicha plataforma argumental, concluye que no existe nexo causal alguno entre la actividad puramente intelectual y galénica (supuesto error de diagnóstico) alegada por el accionante, con las instalaciones físicas que conforman el sanatorio, por lo que no ha existido violación alguna del deber de seguridad por parte del nosocomio demandado.

En la contestación subsidiaria de demanda niega todos y cada uno de los hechos expuestos en la demanda a través de negativas particulares a las cuales me remito.

Luego de señalar que en la relación médico paciente existe un amplio margen de hechos, conversaciones y

decisiones mutuas que escapan al conocimiento de la A. M. demandada, expresa que sí consta a dicho centro asistencial el informe producido por el Dr. E. con relación a la atención y asistencia dadas a su paciente, el señor V. J. J.

Explica que de dicho informe surge que el Dr. E. atendió siempre y sin limitación alguna al señor J., que el citado facultativo pidió dos tomografías axiales computadas, que el paciente concurrió al consultorio solo con el informe de las tomografías y sin las imágenes de dichos estudios y que tenía pendientes estudios de diagnóstico previamente solicitados conforme registro de fecha 27/01/2012, que el 26/04/2012 le solicitó al paciente todos los estudios indicados previamente a fin de evaluarlo, oportunidad a partir de la cual el señor J. habría dejado de consultar.

Expone que el tumor o cáncer no ha sido provocado, generado o introducido en el cuerpo del accionante por el accionar de los galenos E. y F. como se desliza en la demanda, sino que la patología del actor tuvo su origen, evolución y terapéutica independientemente de la existencia o no de diagnóstico en el mes de noviembre/2011.

Agrega que la única terapéutica estandarizada y existente en estas patologías y tumores o carcinomas uroteliales de las vías urinarias superiores (como el accionante) es justamente la extirpación del órgano (riñón) afectado, por vía de intervención quirúrgica convencional (a vientre abierto) o por vía laparoscópica.

Consecuentemente, es imposible establecer un nexo de causalidad adecuado entre el hipotético error de

diagnóstico que alega el accionante por parte de los Dres. E. y F. y la consecuencia de la extirpación del órgano como terapéutica por el carcinoma detectado. Las restantes consecuencias de la extirpación son propias de dicha mutilación y no del hipotético error de diagnóstico, respecto del cual reitera la imposibilidad de visualizar nexo de causalidad alguno.

Sostiene que aún en el improbable caso que hubiera existido error de diagnóstico, la ciencia médica más especializada establece uniformemente la extirpación del órgano afectado por el tumor en las vías urinarias superiores como terapéutica para este tipo de carcinoma, difiriendo sólo la técnica quirúrgica que se utiliza, todo lo cual pone de relieve la ausencia total de nexo de causalidad adecuada en el plan resarcitorio del accionante.

Finaliza diciendo que el actor presentó en autos los resultados de los exámenes patológicos posteriores a la extirpación del carcinoma, arrojando ausencia de ganglios con células cancerosas y, por ende, la inexistencia de metástasis por ese tumor.

En capítulo aparte se expide sobre la improcedencia del reclamo resarcitorio del accionante y efectúa consideraciones sobres los rubros que se detallan en la demanda.

Ofrece prueba.

Hace reserva del caso federal.

A fs. 281/289vta. se presenta el demandado M. F. E. con letrados patrocinantes y contesta la demanda, solicitando su rechazo con costas.

Efectúa una negativa genérica de todos y cada uno de los hechos expuestos en la demanda y negativas particulares a las cuales me remito.

Comienza exponiendo los datos del paciente y las circunstancias que rodean el acto médico impugnado. Así, se trata de un paciente que al momento de la consulta tenía 59 años de edad, que consultó por consultorio externo de urología el 7/11/2011 por hematuria y disuria, motivo por el cual le solicitó un urocultivo, antígeno prostático normal, una TAC de abdomen y pelvis con y sin contraste realizada el 9/11/2011 que informó como única patología un proceso diverticular colónico.

Señala que el paciente concurrió con los estudios los días 27/01, 9 y 14/02/2012, que el último informe que presentó fue la ureterocistografía que no se pudo realizar en forma completa y que informó la próstata aumentada de tamaño congestiva. Se lo medicó con antibióticos y Avodart para prevenir la hipertrofia prostática benigna teniendo en cuenta que el antígeno prostático PSA era normal.

Cuenta que en el mes de abril de 2012 concurrió nuevamente por disuria a pesar de la medicación, lo que determinó que le solicitara nuevos estudios, sin embargo, el paciente no regresó a la consulta.

Sobre la base del recuento efectuado, concluye que la atención médica brindada al actor fue la correcta y de acuerdo a las normas de la *lex artis*.

Efectúa consideraciones médicas sobre la hematuria y consideraciones jurídicas vinculadas con los requisitos para que se configure la responsabilidad civil médica y sobre la inexistencia de nexo causal.

Concluye que, partiendo de la afirmación que en el caso de autos el hecho invocado por el actor no corresponde a aquellos hechos que podrían ser tipificados como falta médica, el análisis pasará a través de la existencia de una causa o de causas extrañas a la conducta profesional. Afirma la inexistencia de relación entre los daños reclamados y su actuar galénico, toda vez que su actuación fue correcta y de acuerdo a las normas de la *lex artis*.

En capítulo aparte, impugna las partidas indemnizatorias reclamadas por el actor, dedicando acápites específicos para cada rubro.

Ofrece prueba.

Solicita la citación en garantía de N. S.A. A. de R. P.

Hace reserva del caso federal.

A fs. 291/311vta. se presenta el demandado M. A. F. con letrada patrocinante y contesta la demanda solicitando su rechazo con costas.

Niega todos y cada uno de los hechos expuestos en la demanda y efectúa negativas particulares a las cuales me remito.

Expresa que el 09/11/2011, el señor J. concurrió al sanatorio de la A. E. de S. M. a realizarse una urotomografía computada con contraste endovenoso por indicación del Dr. E., siendo dicho estudio la única actividad realizada por su parte, interpretándose el mismo como excreción urinaria normal, visualizándose diverticulosis colónica con signos de complicación en flanco izquierdo.

Destaca que, conforme la historia clínica de consultorio, el paciente continuó con sintomatología,

pese a lo cual no consultó nuevamente hasta pasado los 74 días. Conforme historia clínica, el paciente consultó el 7/11/2011 y luego el 29/01/2012.

Expresa que el estudio realizado el 02/05/2012 ante la persistencia de los síntomas, no es una tomografía sino una RMI. Apunta que la tomografía brinda mayor resolución en la detección de la litiasis urinaria, causa más frecuente de hematuria (motivo de la consulta del actor), mientras que la resonancia tiene mayor aplicación en el diagnóstico de invasión venosa por parte del carcinoma renal.

Asimismo, la metodología de imagen más sensible para detectar y delimitar los tumores de la pelvis renal, es la peilografía retrógada, detectándose estos tumores con TAC, solamente si existe dilatación del sistema colector asociada.

Comenta que en la demanda se menciona la identificación de la lesión en la TAC por parte del Dr. A., segundo médico tratante luego de haber recibido la resonancia. Explica que es habitual en la práctica profesional comparar estudios para poder sacar conclusiones *a posteriori*, destacando que ninguno de los facultativos actuantes (incluido el Dr. A.) interpretó la imagen de la TAC como sospechosa, previamente a la solicitud de un nuevo examen, lo que derivó en la solicitud de otro método diagnóstico como complementario.

Continúa diciendo que con estos antecedentes se derivó al paciente al H. I. de Buenos Aires donde se efectuó una tomografía que informó la lesión ya descripta en la resonancia, destacándose la existencia de diagnóstico previo en estudio que motiva la

derivación y la existencia de equipamiento tecnológicamente más avanzado en relación al disponible en oportunidad de su intervención, ya que el H. I. de Buenos Aires es un hospital de mayor jerarquía y equipamiento.

Finalmente, afirma que de acuerdo a la comparación de los informes de los estudios de imágenes y a la anatomía patológica posoperatoria, no hubo cambios significativos entre el estudio realizado por este demandado el 09/11/2011 y el estudio posterior que le realizara el Dr. A. el 02/05/2012, ni implicó un cambio en la terapéutica prevista en la morbimortalidad de la entidad. Descarta cualquier posibilidad de agravamiento de la lesión en los meses transcurridos hasta la terapéutica definitiva.

Sobre la base de la exposición realizada, concluye que la practica por él realizada fue correcta y conforme a la *lex artis* y que no existe en el caso elemento atributivo de responsabilidad en relación a su parte, ni existe relación o nexo causal entre el estudio realizado por su parte al paciente y las consecuencias que se reclaman en la demanda, por lo que se registra ausencia de conducta antijurídica de su parte.

Cita doctrina y jurisprudencia que entiende aplicable al caso de autos.

Impugna la liquidación de rubros que se realiza en la demanda y efectúa argumentación sobre la improcedencia de las partidas indemnizatorias reclamadas.

Ofrece prueba. Funda en derecho.

Formula reserva del caso federal.

Cita en garantía a S. M. S.A.

A fs. 365/369vta. y 484 se presenta N. C. de S. S.A. mediante letrados apoderados y contesta la citación en garantía respecto a A. E. de S. M. de C. R. y M. F. E. Detalla las condiciones y características de las pólizas relativas a ambos asegurados.

Solicita el rechazo de la demanda con costas. Niega todos y cada uno de los hechos expuestos y efectúa negativas particulares a las cuales remito *brevitatis causae*.

Adhiere a los capítulos "La verdad de los hechos", "Consideraciones médicas", "Consideraciones jurídicas" y a la impugnación de rubros indemnizatorios contenidos en la contestación de demanda presentada respecto del demandado E.

Ofrece prueba.

Hace reserva del caso federal.

A fs. 403/404vta. obra cédula ley debidamente diligenciada respecto a S. M. S.A., citada por el demandado M. A. F. Esta citada en garantía se presentó en la causa a tomar participación mediante letrada apoderada, conforme lo actuado a fs. 575 y a fs. 577 se le dio participación en autos.

A fs. 409/411 mediante Sentencia Interlocutoria n° 218/2015 de fecha 17/11/2015 se rechaza la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la A. E. de S. M. de C. R.

A fs. 423/425vta. se abre a prueba la causa y se producen las pruebas ofrecidas por las partes.

A fs. 847/vta. se presentan M. O. C., S. J., M. J., M. N. J. y M. C. J., cónyuge supérstite e hijos de V. J. J., acreditan el fallecimiento de este y se presentan en autos a tomar intervención en carácter de sucesores.

A fs. 849 se declara clausurado el periodo probatorio, en la providencia de fecha 21/03/2022 se vincula el alegato presentado por la parte actora mediante escrito ID 423209 y se llama autos para el dictado de la sentencia definitiva.

4. *Agravios, réplicas, tratamiento*:

Tras la lectura de lo actuado y visto las características del caso que nos ocupa y la compleja trama en el que este se halla enmarcado atenderé los argumentos recursivos teniendo en cuenta aquellos planteos que sean esenciales y decisivos para fallar en la causa (Fallos 221:37; 272:225; 310:1162), ya que la obligación de los magistrados de decidir las cuestiones conducentes para el fallo, se circunscribe a las que estimen necesarias para la sentencia que deben dictar (Fassi, Santiago C., "Código Procesal", T.I).

En esa senda, y en forma preliminar, tras un detenido repaso de las alegaciones de las demandadas y citadas en garantía y sus antecedentes, advierto en forma generalizada, que sus agravios constituyen afirmaciones que apenas logran sortear la mera disconformidad o desacuerdo con la solución adoptadas por el juez *a quo*, lo cual bastaría *prima facie* para su desestimación, por no reunir los requisitos previstos en el art. 268 CPr.

No obstante, vale señalar que de manera reiterada se ha venido sosteniendo que al efectuarse el mérito de la consideración de la suficiencia o no de la expresión de agravios, debe seguirse un criterio amplio sobre su admisibilidad, ya que es este el que mejor armoniza con un escrupuloso respeto al derecho de defensa tutelada por la Constitución nacional, a fin de no limitar la más

amplia y completa controversia de los derechos de los litigantes, ya que un mero defecto técnico podría conducir a injustas soluciones en perjuicio de los litigantes quienes recurren en procura de justicia, buscando ser oídos y que se les brinde la posibilidad de ejercer así su legítimo derecho de defensa en juicio (ver, *v. gr.*, CSJN Fallos 306:474). Tal criterio de amplitud en favor del sostenimiento del recurso, es el que ha esgrimido también esta Cámara en numerosos precedentes, en su anterior composición y mantenida en su actual, entendiendo aún, que en caso de duda sobre los méritos exigidos para tal informe, debe estarse a favor de su idoneidad y así cuando el escrito adolezca de defectos, si contiene una somera crítica de lo resuelto por el juez, resultará suficiente para mantener abierta la vía y resolver en consecuencia.

Lo dicho, además, a colación de lo expresado por la actora en su contestación de agravios.

Con este objetivo entonces, teniendo en cuenta la extensión y diversidad de los argumentos brindados por las partes, por una cuestión de método, y a los efectos de procurar un mejor orden de la sentencia, abordaré en forma conjunta los agravios de los recurrentes que refieran a un mismo punto y guarden relación entre sí, aclarando que la secuencia de tratamiento de los agravios tiene estricta relación con la especial incidencia que su resolución podría tener en las restantes quejas.

Atribución de responsabilidad a los codemandados:

En razón de ello, entiendo debo abordar en primer término los agravios que versan sobre la atribución de responsabilidad dispuesta en la sentencia de grado,

resistida en sus memoriales, tanto por las codemandadas como las citadas en garantía.

Es así que el codemandado Sr. F., y S. M. SA, cuestionan el punto en idénticos términos, aduciendo que la jueza arribó a su decisión tomando parcialmente las probanzas de autos, sin fundamento científico y aplicando parámetros económicos que no corresponden al caso de autos.

Sostuvieron que no puede condenárselo, ni extenderse la condena a la aseguradora en tanto resultó clara la existencia de una conducta médica irreprochable llevada a cabo dentro de la *lex artis* y dentro de los riesgos estadísticamente comprobados.

Dijeron que les genera agravio que no se haya considerado que es una interpretación estadísticamente posible, dentro de la *lex artis* que, el estudio que le realizara al paciente, pudiera leerse como una excreción urinaria normal, con diverticulosis colónica y signos de complicación en flanco izquierdo.

Expresaron al respecto que no quedó pericialmente excluida, la hipótesis que pudiera haber sido posible un diagnóstico, respecto de la urotomografia realizada, que coincidiera con el que se diera al paciente.

Trajeron a colación por otra parte, que a pesar de sostenerse que el paciente continuó con sintomatología, no concurrió a consulta médica, sino después de más de dos meses.

Alegaron en relación a ello, que se encuentra probado en autos que ninguno de los médicos que atendieron al paciente hubiera interpretado imagen diagnóstica alguna como sospechosa; y que la comparación de los informes de los estudios de imágenes con los de

la anatomía patológica posoperatoria no arrojó cambios significativos entre el estudio realizado en noviembre de 2011 y el estudio que realizara el Dr. A. en mayo de 2012.

A partir de ello infirieron que no se acreditó en autos que de la comparación de esos estudios hubiera surgido la necesidad de cambio alguno en la terapéutica prevista.

Argumentaron con base en lo expuesto, que no se probó con la certeza jurídicamente necesaria que hubiera habido agravamiento de la lesión en los meses transcurridos hasta la terapéutica definitiva y/o que un eventual agravamiento hubiera tenido nexo causal directo y suficiente con la actuación profesional.

Afirmaron que la actuación médica fue correcta y conforme a la *lex artis*, sin que de la prueba arrimada a autos surja con la certeza necesaria elemento alguno que permita atribuirle responsabilidad.

Invocaron jurisprudencia en relación a la obligación de medios que impone el ejercicio de la medicina en el entendimiento que abona su postura. Se explayaron en argumentaciones al respecto, para concluir mediante cita jurisprudencial que dentro de las limitaciones actuales de la medicina, puede responsabilizarse al médico solo cuando se pruebe que el tratamiento adoptado por el profesional constituye un evidente y grosero error que resulta inexcusable en un graduado y no cuando se le ofrecen al médico varias actitudes, admisibles científicamente, eligiendo aquella que a su juicio y según las particularidades del caso resultan más aptas.

Aseveraron a partir de ello que la conclusión de la jueza de grado no es apta para descalificar los argumentos defensitas opuestos por cuanto no existe elemento alguno en autos que le impute responsabilidad; sino por el contrario surge que la intervención fue eficiente conforme el cuadro del paciente.

A partir de ello sostuvieron que la jueza *a quo* supone, sin fundamento suficiente, que el tratamiento de la patología no fue el adecuado y sobre esa presunción *sui generis*, intenta construir la condena.

Continuando con su cuestionamiento criticaron que la magistrada de grado prescindiera de considerar que las secuelas hayan sido la ocurrencia de una probabilidad estadística dentro de lo denominado "riesgo permitido" propio de la *lex artis*, no obstante la ausencia de referencias periciales en tal sentido.

Dijeron que la magistrada descarta la respuesta del organismo del actor y al hacerlo olvida que las mismas no fueron provocadas por el médico, sino que las secuelas son un riesgo estadístico comprobado de ese tipo de situaciones y que la evolución de las mismas, no tienen que ver con el galeno.

Insistieron en que ninguna pericia afirmó que hubiera error de diagnóstico y/o de tratamiento, sino que engloba como una mera hipótesis la responsabilidad del médico, sin que ello alcance el grado de certeza necesaria para un fallo válido.

A partir de las razones dadas y con fundamento en que no se demostró en autos la violación al riesgo permitido, concluyeron que no existe argumento suficiente para atribuir responsabilidad al Sr. F.

Peticionaron se revoque la sentencia en el punto.

La A. E., por su parte, sostuvo que en el punto la sentencia de grado se basa únicamente en las apreciaciones y afirmaciones subjetivas de la magistrada, que se oponen abiertamente a la pericia médica producida, por cuanto la desnaturaliza alejándose completamente de lo que en ésta se determinó.

Señaló en primer término que no obstante de las respuestas dadas al punto 9 y punto 13 del informe pericial, surge claramente que la masa tumoral que se encontraba en el organismo del actor fue maligno desde un principio, descartando así la posibilidad de que el mismo haya sido benigno en algún momento y que por ende la salud del paciente se haya visto afectada por el trascurso del tiempo alegado por la actora, la jueza de grado refirió que la enfermedad que cursaba J. entre aquella primera atención médica y la que recibió después avanzó sin obstáculo, en una etapa en la que el control precoz resultaba más conveniente y necesario.

Arguyó que contrariamente a ello no quedó acreditado en autos que el accionar de los médicos demandados haya producido un agravamiento en la salud del actor, como así tampoco que cualquier otra conducta por parte de éstos hubiera podido evitar la extirpación del riñón.

Alegó que tampoco puede endilgarse daño alguno a la parte demandada, en tanto tal y como la misma jueza reconoce no puede saberse a ciencia cierta si su detección temprana hubiera evitado la pérdida total del riñón izquierdo, máxime cuando consta en la pericia médica que el actor no sufrió metástasis en ninguna otra zona del organismo.

Dijo que ello pone de manifiesto que no existe nexo de causalidad entre el accionar reprochado a los médicos demandados en autos y la posterior extirpación del riñón al actor con las presumidas consecuencias detalladas por la actora por cuanto las consecuencias por él sufridas a causa del tumor fueron producto de esa propia enfermedad.

Con sustento en ello señaló que las afirmaciones de la jueza *a quo* resultan ser meras referencias a probabilidades de curación que, tal como la propia sentenciante refiere, no puede saberse a ciencia cierta.

Entendió con fundamento en el análisis efectuado que la solución de grado quebranta el principio de congruencia por cuanto a la par que se describen y adhieren a casi todos los términos, afirmaciones y expresiones volcados por el perito médico actuante en autos, como una mera manifestación voluntarista se procede a dejar de lado justamente esa misma pericia médica para condenar por presunta mala praxis y la consecuente producción de daño no acreditado en autos generándole un gravamen irreparable.

Peticionó en función de ello se revoque la sentencia rechazándose la acción con costas.

A la citada en garantía N. C. de S. SA, le generó agravio que la juzgadora concluya que las lesiones sufridas por el actor –pérdida del riñón izquierdo- fueron consecuencia de la actuación negligente del profesional demandado Dr. E. cuando en realidad no existe certeza de que el mencionado profesional hubiese obrado de modo negligente y que, se hubiese privado al actor de una chance de curación en atención a que en última instancia la terapéutica hubiese sido la misma a

lo que finalmente terminó ocurriendo (quinarle el riñón).

A efectos de sostener su argumento detalló la atención médica brindada por el galeno.

Explicó que cuando el Sr. J. concurrió el día 27 de enero de 2012 a la consulta con el Dr. E., lo hace solo con el informe de las tomografías axiales computadas realizadas por el Dr. F. y de dicho informe no surgía ningún tipo de información que amerite una conducta diferente a la adoptada por el mencionado profesional Dr. E.

Dijo que si bien no desconoce que el estudio realizado por el Dr. F. podría no haber sido debidamente efectuado, no es cierto de que el Dr. E. tuvo a la vista el estudio completo y que lo evaluó de forma indebida, sino que concurrió solo con el informe y que este no informaba la patología por la que aquí se reclama el supuesto error de diagnóstico.

Refirió que el paciente concurrió con los estudios los días 27/1, 9 y 14 de febrero de 2012, y que el último informe que presentó fue la ureterocistografía que no se pudo realizar en forma completa y que informó la próstata aumentada de tamaño y congestiva, razón por la que se lo medicó con antibióticos y Avodart para prevenir la hipertrofia prostática benigna teniendo en cuenta que el antígeno prostático PSA era normal.

Expuso que en el mes de abril de 2012 el Sr. J. concurrió nuevamente por disuria a pesar de la medicación lo que determinó que el Dr. E. solicitara nuevos estudios, pero sin embargo el paciente no regresó a la consulta.

Para concluir a la postre que la atención medica brindada por el Dr. E., y de conformidad a los estudios acompañados por el actor en las consultas (solo el informe) fue correcta y de acuerdo a las normas de la *lex artis*.

Argumentó que mal puede hablarse de negligencia por parte del Dr. E. y consecuentemente de su supuesta responsabilidad profesional cuando no hay certeza respecto de que el profesional hubiese tenido a la vista el estudio completo, y menos afirmar que dicho profesional hubiese incurrido en un error diagnóstico por no valorar debidamente la imagen de la tomografía y consecuentemente que exista relación causal entre los supuestos daños –que tampoco se hubieran evitado– y las prácticas médicas efectuadas.

Se explayó luego en consideraciones respecto a la obligación de medios asumida por los galenos para alegar que en la actualidad, la responsabilidad objetiva ha sido desterrada del campo de la responsabilidad civil médica, en donde sin culpa no existe deber de indemnizar.

Dijo que sin una prueba acabadamente demostrada de la existencia de culpa por parte de las profesionales demandadas, nunca jamás se podrá dictar sentencia condenatoria aseverando que lejos de existir culpa del Dr. E., el profesional ha actuado conforme la lex artis, habiendo efectuado un correcto diagnóstico, control y atenciones de acuerdo a la forma en que fueron sucediendo los hechos y a la documentación que tuvo efectivamente a la vista.

Reiteró que no existe en autos la prueba concreta y convincente que de la actuación (acción u omisión) de

alguno de los codemandados se haya derivado un cierto perjuicio o daño derivado de sus conductas; y que contrariamente a lo sostenido por la jueza *a quo* no surge de la documentación obrante en la causa, ni del resto de las probanzas producidas en autos, prueba irrefutable y convincente de que la extirpación del riñón izquierdo se hubiese producido por el incorrecto accionar de los profesionales intervinientes ni mucho menos se hubiese podido evitar, en tanto la causa que determinó la extirpación del riñón izquierdo del Sr. J. no fue ni más ni menos que la presencia de la masa tumoral en dicho órgano.

Concluyó que en tanto el fatal desenlace no se produjo por un incorrecto accionar médico y la causa que determinó la pérdida del riñón fue la propia enfermedad, que pese a no ser inmediatamente diagnosticada no se podría haber evitado, no guarda relación con la actuación desplegada por los profesionales intervinientes.

Conforme ello solicitó se revoque la sentencia y se rechace la pretensión del actor.

En tratamiento de los agravios precedentemente reseñados y en punto a la responsabilidad civil de los demandados, corresponde precisar que el decisorio de grado ha sido cuestionado por los quejosos por considerar en resumidas cuentas que los profesionales médicos Dr. E. y Dr. F. obraron de acuerdo a la *lex artis*, siendo la pérdida del riñón producida a causa de la propia enfermedad y no por su omisión, la que consideran se ajustó a la ciencia, sin que pueda establecerse un nexo de causalidad entre su actuación profesional y la extirpación del órgano –y las demás

consecuencias- como terapéutica por el carcinoma detectado.

Adelanto, desde ya, que los agravios no prosperarán. Doy razones.

En lo que aquí concierne, sabido es que la culpa profesional admite distintas facetas que pueden resumirse en tres conceptos: negligencia, impericia e imprudencia. Así, la negligencia se presenta en este campo, cuando el sujeto omite realizar cierta actividad que de haberse efectuado, habría evitado el resultado dañoso. A su turno, la imprudencia se configura con el obrar precipitado del sujeto, el cual actúa sin prever o medir las consecuencias de ese obrar irreflexivo, y finalmente, la impericia, consiste en el obrar con desconocimiento de las reglas y métodos pertinentes al caso, en función de aquéllos conocimientos técnicos que se suponen conocidos por el profesional actuante, obrando con la debida diligencia.

Es por ello que la apreciación de la culpa se efectuará en función de un sistema mixto, ya que se apreciará, tanto en concreto, según las circunstancias temporo-espacial y personales, pero de acuerdo a un tipo comparativo abstracto y parámetros prudenciales, lo cual permitirá determinar la mínima diligencia que resultará exigible.

En el *sub examine*, luego de un meduloso análisis de la prueba por parte de la jueza *a quo*, que incluyera la totalidad de los estudios médicos realizados al causante, así como prueba pericial, y testimonial, se establece la responsabilidad de los profesionales médicos. Es que no es otra la conclusión a la que pueda llegarse, sobre todo aclarada por el resultado de la

pericia médica obrante en la causa, en la cual, expresamente el perito apunta el error de diagnóstico cometido por los profesionales y las consecuencias que el mismo tuvieron para la salud del Sr. J.

En efecto, por mucho que los quejosos se esfuercen en argumentar su actuación conforme la lex artis, es un error patente y grosero la falta de observancia de un tumor en la tomografía realizada por el Dr. F., quien no observó su existencia, -o al menos no la informó-, ocasionando el comienzo del error de diagnóstico que su colega Dr. E. mantuvo, primero sin indagar en las imágenes médicas obtenidas por aquel, para sostenerlo luego, pese a que continuó el Sr. J. concurriendo a consulta con persistencia de síntomas –los días 20/1/12, 27/01/12, 9/02/12, 14/02/12 y 26/04/12-.

Clara muestra de la seriedad del caso, puede observarse en la urgencia con la que el Dr. A. prescribió la realización de una resonancia magnética y al hacerse del resultado, la urgente derivación del paciente al Hospital Italiano de la ciudad de Buenos Aires.

No es posible sostener válidamente, desde ningún punto de vista, incluso diría ético y humano, a más del científico, que la falta de detección de un tumor cancerígeno no ha producido ninguna consecuencia en el paciente, tanto más cuando el mismo es observable en la tomografía primigenia y simplemente no fue advertido, o al menos reitero, no informado por el profesional actuante.

Así es que, de las pruebas analizadas y especialmente, señalo el resultado de la pericia médica: ninguno de los recurrentes ha logrado rebatir los

resultados de la pericia, la cual, además no fue objeto de impugnación en origen.

De la misma, surge indubitada la relación de causalidad entre el daño en la salud del actor y la conducta de los profesionales Dr. F. y E.: el primero de ellos en informar en forma negligente el resultado de las imágenes tomográficas, provocando el error de diagnóstico y el segundo, en su conducta negligente, no agotando los recursos necesarios para aclarar el diagnóstico ante la persistencia de síntomas del paciente.

En este sentido, no puede el Dr. E. justificar su omisión: debió realizar una evaluación completa de los análisis, no resultando justificación su afirmación respecto a que la placa no fue llevada a la consulta por el paciente, atento a que es sabido que los profesionales médicos que indican estudios tienen la facultad de pedir su remisión, tanto más cuando el estudio se practicó en el mismo nosocomio, y a su vez, no agotando los estudios que los protocolos indicaban para el caso de análisis, es decir la realización de una resonancia magnética, como a la postre fue indicada por el Dr. A.

Es contundente, a mi entender, la pericia médica practicada por el Dr. I. J. W., MP1125 -que luce en fs. 763/768 y aclaración de fs. 790- de la misma se desprende que efectivamente en la tomografía inicial realizada por el Dr. F., el tumor era visible –pto. 12, fs. 766- y no fue informado.

En suma, la pericia confirma la existencia de un error de diagnóstico, ya que en la tomografía realizada el 9 de noviembre de 2011 podía observarse el tumor, que

no fue diagnosticado por el especialista en imágenes y esto llevó al médico urólogo a continuar buscando otra causa para la pérdida de sangre, demorando el diagnóstico de certeza, tiempo que determinó que cuando fuera detectado se tuviese que realizar, una cirugía -de urgencia-, de mayor envergadura consistente en la extirpación del riñón izquierdo, provocando una incapacidad permanente y parcial en el paciente del 30%. Asimismo, concluye la pericia en que pese a la persistencia de síntomas y ante la concurrencia del paciente a nueva consulta, el Dr. E. solo indicaba urocultivos, concluyendo el perito en que los pedidos no fueron los correctos en tiempo y espacio.

En efecto, no acreditó el Dr. E. haber ahondado en estudios complementarios pese a que aquellos daban negativo, e incluso pretende responsabilizar al paciente por no llevar la placa, cuando como expresara, estaba en sus posibilidades solicitarlas al servicio de diagnóstico por imágenes, por haber sido el médico que las indicó.

Resulta incuestionable la responsabilidad profesional por culpa médica, que surge de su contenido, o dicho de otro modo, la responsabilidad es ocasionada por el grosero error de diagnóstico en que incurrieron ambos profesionales, lo cual ocasionó un daño, esto es, que el paciente perdiera la chance o posibilidad de tener tratamientos terapéuticos adecuados a tan severa patología por el término de varios meses, circunstancia además que culminó en la pérdida de un órgano vital de manera irreversible.

De hecho, la actuación de los Dres. A. y B. refuerzan la hipótesis, en tanto no hacen otra cosa que

demostrar que el caso no presentaba dudas, y que de haber actuado con mínima dedicación ambos galenos aquí condenados, la situación podría haberse abordado ni bien consultó en el mes de noviembre de 2011, sin someter al paciente a la incertidumbre y devenir de su enfermedad durante los meses siguientes.

Es conteste la doctrina al afirmar que para que el error de diagnóstico responsabilice al médico por los daños que sufre el paciente, como consecuencia de haber seguido un tratamiento inadecuado, debe ser un error grave o inexcusable (cf. Bustamante Alsina, Jorge, "Teoría Gral. de la Responsabilidad Civil", pág. 399).

En suma, insistiendo los recurrentes, en el argumento sobre la inevitable extirpación del riñón a causa del cáncer, no lograron a mi entender, revertir los quejosos el argumento principal de atribución de responsabilidad de la jueza *a quo*, esto es, la circunstancia de que los médicos son responsables por la pérdida de chance que sufrió el Sr. J., aún cuando no hubiera existido conexión directa e inmediata entre su conducta y el daño –extirpación del órgano-, ya que está demostrado que su manifiesto y grosero error de diagnóstico, disminuyó las posibilidades de cura del causante.

De hecho, reitero, al ser diagnosticado por el Dr. A., el único paso fue la extirpación del órgano ya que debió actuarse de urgencia. Por eso, la relación de causalidad quedó establecida entre la acción u omisión negligentes de los profesionales y la pérdida de probabilidad de sanar, y ello constituye un perjuicio que debe repararse, argumento que ninguno de los

quejosos logró rebatir por la contundencia de su procedencia.

Es la pieza pericial, junto a las demás constancias probatorias, cuyo caudal integra el contenido de la sentencia, las que sustentan la responsabilidad profesional incurrida por los profesionales médicos actuantes –en función de lo normado en los art. 512, 902, 909 y cctes. del viejo Código Civil- y constituye el fundamento de la conclusión de la jueza de grado, luego del análisis de los presupuestos de aquélla, deviniendo en una decisión ajustada a derecho en orden a las constancias probatorias producidas en la causa que acreditan los hechos ocurridos e invocados por el causante en su demanda.

Frente a la contundencia pericial, junto a la prueba testimonial del Dr. H. L. A. D. – fs. 523/524-, que corrobora la secuencia médica, los agravios de los profesionales médicos y del nosocomio en tal sentido, devienen vacíos de contenido, por lo que no pueden prosperar y deben rechazarse.

Responsabilidad de la institución médica A. E. de S. M.:

En acápite separado (tercer agravio), N. C. de S. S.A. cuestiona la condena a su asegurada, A. E. de S. M., alegando que no puede imputarse a la institución médica una responsabilidad objetiva.

Explicó que para que funcione el deber de garantía y obligación tácita de seguridad por parte de la A. E., la prueba de la culpa del actuar médico es indispensable, porque dicha prueba sería la demostración de la violación del deber de seguridad que como

obligación tácita se halla comprendida en el contrato asistencia.

A efectos de sustentar la queja volvió sobre el argumento expuesto en primer término respecto a que no surge de forma indubitada la relación de causalidad de las secuelas con la práctica médica o con un supuesto accionar negligente por parte del Dr. E.

Invocó jurisprudencia al efecto, y se extendió sobre los requisitos que deben verificarse para que exista responsabilidad médica para concluir que, por cuanto quedó demostrado que no hubo responsabilidad civil médica por parte de los profesionales codemandados, no resulta extensible a la institución asegurada.

En función de ello peticionó se admita el agravio y se rechace la demanda interpuesta con expresa imposición de costas a la accionante.

En tratamiento de su agravio, cabe destacar que lo resuelto en los párrafos precedentes, confirmada la responsabilidad civil por culpa médica establecida por el decisorio de grado, la responsabilidad del nosocomio, deviene indubitada en tanto se trata de una responsabilidad objetiva de origen contractual y deriva de la obligación de seguridad que tiene respecto a los pacientes que concurren a sus instalaciones en busca de las distintas ofertas de atención médica a cargo de los servicios de los profesionales tratantes.

No es un hecho controvertido en el caso, que los profesionales médicos demandados, Dr. E. y Dr. F., prestaban sus servicios en el nosocomio demandado, formando parte de la plantilla de especialistas ofrecidos por la institución, el primero como médico

urólogo y el segundo, en la especialidad de diagnóstico por imágenes.

En consecuencia, en superación de la postura clásica que consideraba la existencia de una estipulación en favor de terceros (art. 504 CC), participo del criterio que estamos ante una obligación de seguridad respecto a los daños que puedan sufrir los pacientes y se fundamenta en la relación de consumo que existe entre ese paciente y los proveedores de salud –art. 42 CN y Ley 24240, art. 1092 y sgtes. CCC-, el nosocomio -y claro está también alcanza a las empresas de medicina privada y obras sociales-, en el caso la A. E. de S. M., entidad a la que concurriera el Sr. J. a consulta con el Dr. E. y donde se practicara la tomografía con el Dr. F.

Debe destacarse que en esta relación de consumo, la obligación de la clínica no radicó sólo en proveer los profesionales necesarios para el servicio de salud, sino en llevar a cabo el plan de salud necesario y adecuado a los requerimientos de salud de los pacientes. Su obligación es integral y a tenor de la responsabilidad incurrida por los galenos, dicha obligación claramente fue incumplida por el nosocomio y de allí su responsabilidad en el caso en debate.

La doctrina ha señalado: "La entidad con quien el paciente se halla vinculado contractualmente (sea un establecimiento asistencial, una empresa de medicina prepaga o una obra social), no hace más que garantizar la conducta a desempeñar por sus médicos, ya que ello constituye la razón de ser de la obligación y se erige en la prestación principal que asume la persona jurídica en cuestión. Por ende, una conducta médica defectuosa,

imputable a culpa o dolo del galeno, provocará –como lógica consecuencia- el incumplimiento de la obligación principal que había asumido contractualmente la institución médica (que es el deudor principal) frente al paciente. Concluimos, por último, que el actual estado del derecho privado argentino exige que definitivamente se acepte el cambio de paradigma: se debe dejar atrás el fundamento de la responsabilidad de los establecimientos médicos, empresas de medicina prepaga u obras sociales en la estipulación a favor de terceros, para encuadrarla definitivamente en el régimen de defensa del consumidor…" (Calvo Costa, Carlos A. , "Responsabilidad Civil Médica. Aspectos relevantes. Tratado de Derecho de Daños", S. Picasso - Luis R. J. Sáenz - Tomo III).

En suma, la confirmación del decisorio en materia de responsabilidad por culpa médica, determina la responsabilidad del establecimiento médico en los términos expuestos y de allí la insuficiencia del agravio de los representantes del nosocomio, y debe rechazarse.

Partidas indemnizatorias y su cuantificación:

Resuelto lo anterior corresponde ingresar en el tratamiento de las quejas que versan sobre las partidas indemnizatorias y su cuantificación.

Marco normativo aplicable a la solución del caso:

En primer término, he de analizar la crítica de la A. E. de S. M., que cuestionó que la magistrada de grado acudiera a las normas del nuevo Código Civil y Comercial vigente para medir y cuantificar el daño.

Expresó que le genera agravio la aplicación de dos ordenamientos diferentes, uno vigente en beneficio de

la parte actora -para cuantificar las partidas- y otro derogado -para analizar la responsabilidad por entender que resulta aplicable, ya que el supuesto hecho generador del daño es anterior a la vigencia del Código Civil y Comercial-.

Dijo que deviene incongruente lo resuelto toda vez que no puede un proceso estar regido por dos ordenamientos distintos.

Al respecto, corresponde precisar que la aplicación normativa realizada en la sentencia de primera instancia, responde a la aplicación del art. 7 CCC sobre eficacia temporal de las leyes que establece: "A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo".

Por ello, en materia de derecho transitorio, siendo que el hecho generador de responsabilidad ocurrió durante la vigencia del viejo Código Civil, en el mes de noviembre de 2011, corresponde su aplicación, por tratarse de la legislación vigente al momento en que se produjeron los hechos constitutivos de la obligación de reparar, sin perjuicio que resultando la cuantificación de los rubros indemnizatorios derivados de esa responsabilidad, una consecuencia no agotada de esas relaciones, corresponda la aplicación del nuevo

ordenamiento vigente desde el 1 de agosto de 2015, es decir el CCC, Ley 26994.

Lo dicho, en aplicación armónica de los arts. 1, 2 y 3 del CCC, en consonancia con los art. 1745 a 1748 y cctes. y art. 7 CCC.

Por lo demás, es este el criterio unánime en la jurisprudencia y doctrina nacional, que al respecto establece: "…en materia de avaluación, valuación, cuantificación o determinación de la medida del daño, esto, de su quantum, siempre rige el CCCN porque constituye el derecho vigente en el momento de dictarse la sentencia de condena (art. 7 CCCN)" y "…deben diferenciarse las consecuencias de la relación jurídica: las ya consumidas, agotadas o producidas, es decir, las que ya concluyeron sus efectos, quedan en la órbita de la ley anterior (*v.gr.*, El daño que se consolidó antes de la entrada en vigencia); en cambio las consecuencias que no son instantáneas, sino que se prolongan en el tiempo, quedan alcanzadas por el nuevo código. A modo de ejemplo, las cuestiones inherentes a la cuantificación del daño se tratan de consecuencias no agotadas, que, como los intereses que se devenguen a partir de su entrada en vigencia quedan en la esfera de la nueva ley…" (Jorge Mario Galdós, "Tratado de Derecho de Daños", S. Picasso, Luis R.J. Saenz - T.III en jurisprudencia acorde: Cam.2da. Apel. Civ. y Com., Sala II, La Plata, 15/9/2015, Causa 118704; CNCiv, Sala H, 5/10/2015 "Savy SA c/ Daddona S.A. y otros s/ Daños y Perjuicios", el Dial.com, AA 9318, entre otras).

En suma, se rechaza el agravio.

Sentado ello, me referiré a las críticas alusivas a los diferentes rubros que integran el monto de condena:

Comenzando por el codemandado, Dr. F., y la tercera citada S. M. SA se alzaron contra el monto total del resarcimiento, alegando que los valores que fueran dispuestos para atender a la reparación de los rubros receptados, contribuyen a una condena excesivamente gravosa que carece de parámetros suficientes de evaluación.

Abordando su queja, destaco en este aspecto, sus expresiones transmiten la queja genérica en cuanto al monto, sobre la base de considerar una condena "excesivamente gravosa y carente de parámetros suficientes de evaluación", sin detenerse a demostrar la justificación de tal afirmación, en forma concreta y razonada, por lo que en ese sentido constituyen una queja general sin precisión, que merece ser desestimada de plano, por no ajustarse mínimamente a la previsión adjetiva del art. 268 CPr.

Incapacidad sobreviniente:

La sentencia de grado viabilizó la partida por incapacidad sobreviniente comprensiva del daño psicológico, daño biológico, daño a la salud y pérdida de chance de oportunidades en la vida de adulto mayor del señor J., y la cuantificó discrecional y prudencialmente conforme lo autoriza el artículo 167 CPCCCh en la suma de $1.000.000.

La decisión resultó cuestionada por la codemandada A. E. de S.; la citada en garantía, N. C. de S. SA; y por la parte actora.

N. C. de S. cuestionó la admisión de la partida de daño patrimonial derivado de la incapacidad sobreviniente en la suma de pesos quinientos mil ($500.000) consistente en la pérdida del riñón izquierdo.

Consideró injusto que se condene a resarcir al actor por la pérdida del riñón izquierdo toda vez que quedó demostrado que de acuerdo a la patología que presentaba la única terapéutica existente era la de extirpar el órgano afectado.

Expresó que el experto Dr. W. a fs. 763 a 767 determinó con total contundencia que frente a un tumor en un riñón "es aconsejable quitar del organismo la masa tumoral para evitar su expansión al resto del organismo".

Dijo que frente a ello no es posible soslayar que con el mencionado informe técnico quedó acreditado en autos que en las imágenes del estudio cuestionado en autos y las imágenes del estudio realizado en fecha 02 de mayo del 2012 –por el cual se advirtió la presencia del tumor– "no se aprecian modificaciones significativas con respecto al tamaño de la imagen del 09-11-2011".

Analizó que ha quedado demostrado que a la luz de la comparación de los estudios reseñados hubiera surgido la necesidad de adoptar una terapéutica diferente a la finalmente adoptada ni mucho menos que se hubiera agravado el estado de salud del Sr. J. como consecuencia del supuesto error de diagnóstico que se le quiere imputar.

Señaló además que se verificó en autos que el tumor no creció significativamente durante el lapso de 6 meses entre una atención y otra y que atento a la presencia

del tumor la única terapéutica posible era su extirpación.

En razón de ello consideró que no puede hablarse de que se le quitó una chance de curación al enfermo o que se agravó su estado de salud cuando en definitiva lo que sucedió es lo que hubiese sucedido de todas formas.

Invocó las argumentaciones planteadas en el primer agravio, en cuanto a la ausencia de error de diagnóstico por parte del Dr. E. en función de que el Sr. J. solo llevó el informe del estudio realizado y tal informe no revelaba la presencia del tumor.

Con fundamento en que la terapéutica aconsejada es la de quitar la masa tumoral, afirmó que responsabilizar a los demandados y obligarlos a responder por la pérdida del riñón que el Sr. J. hubiese perdido de todos modos y solo como consecuencia de la patología sufrida resulta notoriamente injusto e indebido.

A efectos de sostener su conclusión argumentó que el daño cuya reparación se pretende debe estar en relación causal adecuada con el hecho de la persona a la cual se atribuye su producción, y refirió nuevamente a los requisitos que deben verificarse para que desde el punto de vista jurídico exista responsabilidad y obligación de responder por mala praxis médica.

En relación a ello especificó que el daño es un elemento constitutivo de la responsabilidad civil, en tanto que ésta no puede darse sin aquél porque de otro modo estaríamos ante una obligación de reparar donde no habría nada que reparar.

Dijo que aunque en la sucesión de los hechos es el último elemento de la responsabilidad civil, el que más

tarde se produce, es, en cambio, el que primero debe ser considerado a la hora del pronunciamiento del sentenciante, por cuanto sostener la existencia de una responsabilidad civil en la que la obligación de resarcir no tenga contenido, por no haber daño alguno, es convertir a la responsabilidad civil en un molde vacío.

Continuando con su argumentación sostuvo que un hecho perjudicial adquiera la categoría de daño resarcible que genere una obligación de reparar es necesario que reúna los requisitos de certeza, actualidad, titularidad, y vinculación con el hecho fuente, reiterando que en el caso los daños y perjuicios sufridos no fueron consecuencia de los actos u omisiones de los codemandados.

Con sustento en ello, planteó que si no hay relación de causa a efecto entre el acto u omisión y el perjuicio, no es posible imputar el daño a los encartados en este proceso.

Concluyó en razón de lo manifestado que la pretensión del actor debe desestimarse de plano, ya que por todo lo expresado más arriba no surge la demostración de responsabilidad profesional o institucional y no se encuentra acreditada la existencia de daño resarcible.

En tratamiento de este agravio, cabe advertir que el fundamento de la queja, reposa en la atribución de responsabilidad de la codemandada, por lo que debo remitirme a los considerandos precedentes en el que se evaluó la existencia de responsabilidad civil por culpa médica, confirmando la decisión de grado, destacando que dicha conclusión necesariamente evaluó la existencia de

daño resarcible como uno de sus presupuestos –merituando la incapacidad permanente del 30% resultante de la extirpación del riñón y la incidencia de la conducta médica en dicho desenlace-, por lo que la cuestión ha sido resuelta y los agravios, en todo caso, no encuentran andamiaje y por tanto resultan insuficientes para discutir uno de los rubros reclamados que resultan consecuencia del establecimiento previo de dicha responsabilidad.

Continuando con el tratamiento de las quejas, la A. E. y N. C. de S. S.A., por su parte, se debaten en un entramado argumental que transcurre entre la discusión de la atribución de responsabilidad, ya confirmada en los presentes, a tenor de la resolución de los agravios precedentes, pero además, discurren en un argumento que trasciende en un resultado simplista y sesgado, consistente en la necesidad de extirpación del riñón, pretendiendo soslayar y pasar por alto los motivos que sustentan la responsabilidad de los galenos y en suma, determinan su configuración en función del grosero error de diagnóstico en que éstos incurrieron privando la chance de dar tratamiento inmediato a la patología.

Por ello es que luce simplista y débil como argumento, la afirmación de que el riñón igualmente se habría de extirpar, cuando está demostrado que previo a dicha extracción, se configuró la negligencia médica que determinó la existencia de responsabilidad galena.

Así tampoco encuentra sustento, la pretendida duplicación esgrimida por el nosocomio, entre los diversos daños que componen el rubro incapacidad sobreviniente –y dentro del cual la jueza *a quo*,

acertadamente a mi entender, subsumió el daño psicológico, biológico, daño a la salud y pérdida de chance de oportunidades de vida- y por otro, el daño extrapatrimonial o moral.

En este sentido, la A. E. de S. M. se agravió en cuanto a la admisión del rubro incapacidad sobreviniente, daño psicológico, daño biológico, daño a la salud y pérdida de chance de oportunidades en la vida de adulto mayor, alegando que existe una "duplicación" indemnizatoria pretendida por la parte actora mediante idénticos presupuestos fácticos y jurídicos discriminados como "Daño Moral" y como "Daño Psicológico", cuando ello resulta a todas luces improcedente, puesto que según el quejoso, si bien la jueza a quo los otorga por separado, tampoco explica cuál es -en concreto- la diferencia de ambos conceptos que funcionen como justificación para otorgarlos como rubros distintos.

Luego sostuvo que se incluyó una supuesta pérdida de chance de oportunidades en la vida de adulto mayor del actor, basándose únicamente en los dichos de la actora, los cuales no han sido justificados oportunamente por ésta y tampoco por la Sentenciante al momento del dictado de la sentencia.

Señaló, por otra parte, que no consta en autos que el actor haya dejado de percibir sus sueldos a raíz de la enfermedad que padecía, ya que se encontraba de licencia por enfermedad inculpable, lo cual implica que jamás fue privado de sus haberes y mucho menos del ingreso de los aportes y contribuciones correspondientes al sistema de seguridad social, por lo que oportunamente no podría ser privado de un beneficio de jubilación que

le permitiría mantener el status de vida que tenía mientras se encontraba en actividad ya que constituye una consecuencia de la remuneración que percibía el beneficiario como contraprestación de su actividad laboral.

Con base en ello afirmó, no corresponde el presente rubro en este sentido, siendo que no existe ninguna pérdida de chance.

Denunció luego una nueva duplicación y superposición entre los rubros daño a la salud y al daño biológico, pretendidos por la actora como cuestiones diferentes, que resultan admitidos sin fundamentar la diferenciación de los conceptos, basándose únicamente en los mismos argumentos que todos los anteriores rubros.

Con fundamento en lo anterior, dijo que en ambos casos surge una doble indemnización en favor del actor por similares situaciones, por supuestos daños considerados como distintos, cuando en realidad estamos frente a un mismo rubro que visiblemente no se distingue del otro.

A lo dicho agregó que además en autos quedó acreditado que el actor no sufrió metástasis en ninguna otra zona del organismo por lo que, a todo evento, no existe el daño biológico o a la salud pretendido.

En tratamiento de este aspecto de la queja, es dable destacar que la sentenciante ha ponderado la existencia de los daños y su posterior cuantificación en función de las facultades discrecionales previstas en el art. 167 CPr. y prudencialmente ha estimado los daños patrimoniales y extrapatrimoniales derivadas de la responsabilidad decretada.

Estos dos ámbitos de resarcimiento, se fundan en lo normado en los art. 1738, 1740 y 1741 CCC que se refieren a la indemnización por las consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales del daño, inspirados por el principio de reparación plena.

Por otra parte, independientemente de los rubros en que hayan sido separados los distintos aspectos patrimoniales de la reparación, es facultad del juez subsumirlos en una sola partida, tal como ha hecho la sentenciante, que contemple los distintos aspectos de la incidencia del daño, lo cual responde a una mirada integral de los distintos aspectos o ámbitos de repercusión de la persona, pero además evita la duplicación de indemnizaciones, bajo distintos rubros, pero que corresponden a una misma valoración.

Así entonces y como mencioné anteriormente, la subsunción de los rubros individualmente pretendidos por la actora, dentro de la incapacidad sobreviniente, incluyó en primer lugar el daño psicológico, respecto del cual es posible afirmar y criterio de esta Cámara, si bien tiene autonomía conceptual carece de autonomía resarcitoria y por ello, según sus características, debe incluirse dentro de la valoración del daño patrimonial o bien para graduar la magnitud del daño extrapatrimonial.

En efecto, reiteradamente se ha sostenido en su anterior composición y también actual, que el trastorno psíquico carece de autonomía indemnizatoria pues, en tanto daño patrimonial indirecto, integra el de incapacidad y en cuanto al aspecto extrapatrimonial, el daño moral, sin que quepa confundir el bien jurídico afectado –esto es, la integridad física y psíquica- con

los perjuicios que de ella derivan, que solo pueden comportar daños patrimoniales indirectos o daño extrapatrimonial.

En el caso, la jueza *a quo* lo incluyó dentro del daño patrimonial toda vez que ha considerado las incidencias negativas que el actor tuvo conforme lo señalado en la pericia psicológica practicada en autos.

Los demás conceptos de daño biológico, a la salud y pérdida de chance fueron abordados por la sentenciante, con la explicación concreta del por qué de su consideración integral al cuantificar, lo cual más allá de su disconformidad no logra refutar concretamente el quejoso.

Es meduloso en este aspecto el análisis técnico realizado, y sin perjuicio de la cuantificación a la que me referiré a continuación, no advierto fisuras en el razonamiento de la sentenciante de grado, la cual consideró especialmente la autonomía conceptual de los rubros, pero estimando su subsunción en una sola partida justamente para evitar las duplicaciones que pretende reprochar el recurrente.

Concretamente en cuanto a la queja, no es posible sostener que la consideración de tales rubros, en la especie el psicológico, se duplican en la valoración del daño moral. La delgada línea que parece trazarse, no habilita la equiparación de ambos, en tanto uno –el daño psicológico- se presenta a nivel de daño físico en los presentes, con impacto directo en la salud, mientras el otro transita la espiritualidad y trascendencia del sujeto, como persona en su propia dignidad, y contempla las angustias y desvelos que lo afectaron.

En efecto, no se advierte la duplicación esgrimida por la codemandada, en tanto el daño psicológico ha derivado de los resultados de la pericia psicológica producida en la causa –fs. 731/734- informado por la Lic. A. D. S., MP 1063, con daño psíquico al momento de la entrevista, según Baremo de Castex: "2.6.9. Depresiones neuróticas o reactivas: leve VPIVPG% 1 a 10".

Por su parte, el daño moral o extrapatrimonial, consiste en la lesión de intereses no patrimoniales provocada por el hecho ilícito, lo que a su vez acarrea consecuencias perjudiciales extrapatrimoniales: angustia, dolor, molestias, pérdida de tiempo, empeoramiento de la situación existencial objetivamente apreciable. Pizarro caracteriza al daño moral como 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 este y anímicamente perjudicial (*cf*. cita Picasso, S., Saenz, Luis R.J., "Tratado de Derecho de Daños", La Ley, T.I).

Por ello es que también los diferencia la prueba, en tanto para la determinación del daño psicológico se requirió la ciencia de una especialista mientras que, si bien el daño moral debe ser probado, y en este sentido el CCC no distingue en materia de daño patrimonial y extrapatrimonial en cuanto a la carga de la prueba, en muchos casos, el daño moral no requiere incluso, prueba

directa de su existencia y se acredita a través de presunciones judiciales, por el solo hecho de la acción antijurídica, del cual se desprende ínsito, y la titularidad del derecho de la accionante.

Por lo expuesto, entiendo que las quejas de la A. E. y su citada en garantía, N. C. de S. SA, resultan insuficientes como para conmover la decisión de grado.

Por ello los agravios sobre el rubro y su composición se rechazan.

Cuantificación de las partidas indemnizatorias:

La parte accionante por su parte, también criticó su cuantificación por considerarla exigua denunciando violación del art. 1746 CCCN y caso "Ontiveros" de la CSJN.

Sostuvo que por cuanto se probó en autos que el Sr. J. era empleado judicial en la categoría de prosecretario administrativo al tiempo de padecer la mala praxis médica y además se desempeñaba como preceptor en un colegio secundario, se debió considerar los ingresos que el mismo generaba con su actividad laboral para la determinación del rubro, conforme lo previsto en el art 1746 del CCCN y el derecho constitucional a la reparación integral.

Argumentó que en tanto se indemniza una deuda de valor lo que corresponde es estimar el ingreso actual que le hubiera correspondido al Sr. J. y aplicar una fórmula matemática con el mismo conforme manda el art. 1746 del CCCN.

Dijo que al aplicarse el art. 167 del CPr. quedó la sentencia huérfana de fundamentos en torno al monto estipulado, incumpliendo en este punto lo dispuesto por el art 3 del CCCN.

A los efectos de la solución que postula, y con fundamento en la creciente inflación y consecuente incremento de los salarios que invoca, dijo que corresponde que el monto del salario se actualice al momento más cercano al cobro que sea posible conforme los lineamientos de la CIDH (CIDH, 27/11/98, "Loayza Tamayo c/ Perú (reparaciones y costas), en www.corteidh.org. cr).

Explicó que para ello debe utilizarse el mecanismo dispuesto por este tribunal en SD 10/21, en el que se difirió para el momento de la ejecución de la sentencia el monto correspondiente al rubro pérdida de chances (valor vida), dejando sometido a un porcentual del salario que le hubiera correspondido a la víctima en su empleo al tiempo del dictado del fallo de segunda instancia.

Sostuvo que la jueza de grado sin perjuicio de las facultades discrecionales con la que contaba debió considerar criterios objetivos para determinar la suma indemnizatoria, lo que omitió otorgando un resarcimiento en valores económicos insignificantes. Transcribió jurisprudencia.

Con fundamento en que la magistrada de grado consideró que lo que el actor perdió fue la chance de conservar el riñón, sostuvo que debió estimar con las fórmulas matemáticas de estilo la indemnización que le hubiere correspondido y a partir de allí ponderar en qué medida perdió la chance de conservar el órgano, cuya expectativa dejó en claro la pericial médica consentida por las partes. Dijo que correspondía además considerar como pautas objetivas la edad de la víctima, sus ingresos actuales, promedio de vida y porcentaje de

incapacidad, con la posterior ponderación de la chance perdida de conservar el órgano.

En el entendimiento que la suma otorgada resulta insignificante peticionó se revoque el monto asignado para el rubro, incrementando el mismo bajo las pautas señaladas, a los fines de garantizar la tutela judicial efectiva y una plena reparación del daño sufrido. Invocó antecedentes de esta alzada cuyo criterio entiende resulta de aplicación en autos.

Y agregó que a la suma resultante de la fórmula y ponderación de pérdida de chance de conservar el órgano, debe de adicionarse el 20%, para acaparar las consecuencias disvaliosas que el hecho ilícito ocasionó en los otros aspectos de la vida del Sr. V. J. en tanto la sentencia omitió también considerar el menoscabo en la vida de relación.

Explicó al respecto que la incapacidad sobreviniente debe contemplar no solo la faz productiva, sino también la afectación a la vida de relación en general que tiene que ver con la repercusión en áreas de su vida por lo que resulta necesario tener en cuenta aquellos otros aspectos que sufrieron modificaciones y que tienen que ver con la vida de relación del actor, tanto familiar como de amistades, de esparcimiento.

Peticionó que bajo las pautas aludidas se fije la indemnización a valores actuales por ser deudas de valor a una tasa de interés pura desde el hecho dañoso y hasta la fecha de la sentencia del 12% mensual. Invocó jurisprudencia.

Por último, trajo a colación lo resuelto por la CSJN en los casos Gripo y Ontiveros en relación a la reparación integral que persigue.

Ya en su segundo agravio, cuestionó que la magistrada de grado denegare la cuantificación de la incapacidad psicológica dentro del rubro incapacidad sobreviniente al entenderla subsumida, pero sin referir el más mínimo argumento al realizar su cuantificación.

Dijo que la decisión adoptada no otorgó ningún valor a la pericia psicológica realizada a la hora de cuantificar el rubro incapacidad sobreviniente, comprensivo de la incapacidad tanto física como psíquica.

Transcribió el informe de la Lic. S. aduciendo que nada de lo expuesto por la psicóloga fue tenido en consideración por la juez de grado a la hora de determinar los montos indemnizatorios fijados. Se explayó en argumentaciones en cuanto al deber de los jueces de valorar la prueba pericial, para afirmar luego que en el caso la Sra. jueza de grado no dio ningún tipo de fundamento de su apartamiento.

Argumentó que el dictamen pericial resultaba claro y puntual, abordando en concreto las circunstancias que atravesaba el actor como consecuencia de la mala praxis padecida y que alteraron su economía psíquica, lo que se traduce en incapacidad.

Dijo que omitir considerar la existencia de tal daño y cuantificarlo, vulnera también la garantía a la integralidad de la reparación y la sentencia rechazó virtualmente el reclamo sobre el punto, desconociendo en consecuencia la existencia de una incapacidad psicológica determinada por el perito sin fundamento.

Le resultó evidente que el insignificante monto asignado para la incapacidad sobreviniente no tuvo en consideración el daño en la psiquis.

Manifestó seguidamente desinterés respecto al rubro en que la incapacidad psicológica sea cuantificado y finalmente indemnizado, argumentando al efecto que el daño psicológico como daño a la salud es un daño patrimonial que debe ser indemnizado, cualquiera sea el rótulo o rubro en el que se lo quiera cuantificar. Se explayó en argumentaciones a efectos de sostener la resarcibilidad del daño invocando jurisprudencia al efecto.

Peticionó finalmente que, a los fines de cuantificar la incapacidad sobreviniente, se pondere y calcule la incapacidad en su faz psicológica a los fines de adicionarle tales sumas.

Solicitó se revoque en el punto el fallo de primera instancia y se haga lugar al presente agravio, cuantificando adecuadamente dentro de la incapacidad sobreviniente las sumas que correspondan a la incapacidad psicológica determinada, a los fines de procurar otorgar una reparación integral.

A continuación, en el tercer agravio, cuestionó que la magistrada subsumiera la cuantificación del daño a la salud y daño biológico en la cuantificación de la incapacidad sobreviniente, sin justificar cómo es que los ha tenido en consideración a la hora de cuantificarlos incumpliendo la exigencia de fundamentación adecuada de toda resolución judicial que disponen los arts. 3 del CCCN y 169 de nuestra Constitución provincial.

Volviendo sobre el argumento de que la suma concedida por la partida es insignificante, afirmó que no fue indemnizado, pese a que el daño a la salud y el daño biológico padecidos por el fallecido actor

resultaron evidentes con la pérdida de un órgano y sus consecuencias y surgen patentes de la pericia médica realizada por el Dr. I. J. W. que no ha sido impugnada.

Expresó que según lo expuesto por el galeno el Sr. J. vio modificada la morfología de su cuerpo, su estilo de vida, y su capacidad física producto de la mala praxis médica sufrida y que finalmente falleciera recientemente a consecuencia del covid-19, agravado indudablemente por contar con un solo riñón, pues debió someterse a diálisis a raíz de ello, padeciendo asimismo una inusual concentración de la medicación suministrada como consecuencia de la deficitaria respuesta de su sistema urinario, lo que finalmente provocó un debilitamiento general en su salud que provocó su lamentable fallecimiento.

A lo expuesto adunó que no es menos cierto que ante el fallecimiento prematuro del actor, puede considerarse confirmada la tesis arribada por el perito médico respecto de la menor expectativa de vida padecida como consecuencia de la mala praxis médica de la que fuera víctima.

En función de lo expuesto, peticionó se cuantifique adecuadamente, aún dentro del rubro incapacidad sobreviniente, pero ponderando y aclarando en qué medida ha sido reconocido el mismo el pretendido rubro.

El tratamiento de los agravios del accionante, merece la aclaración inicial en cuanto al objetivo que persigue la cuantificación que aquí se discute por la parte actora, quien considera insuficiente el monto otorgado en concepto indemnizatorio por incapacidad sobreviniente.

Es así que, para dicha cuantificación, debe tenerse presente que lo que aquí se indemniza es el daño ocasionado por la pérdida de chance de curación que el grosero error de diagnóstico de los galenos comprometidos, ocasionó al actor. Esto es, reiterando lo ya expuesto *supra*, que el paciente perdiera la chance o posibilidad de tener tratamientos terapéuticos adecuados a tan severa patología por el término de varios meses, circunstancia además que culminó en la pérdida de un órgano vital de manera irreversible. Por ello que en este aspecto, se tendrá en cuenta la incidencia del obrar galeno en la causación del daño mencionado.

Este punto de partida, es decir, la ponderación de esta incidencia es la que tuvo en cuenta la jueza *a quo*, y modifica la óptica de cuantificación en tanto se pretenda atribuir de la manera en que sugiere el quejoso.

Es que al determinarse la responsabilidad médica por la privación de las chances de curación inmediata y adecuada, ello impactará necesariamente en la cuantificación de la extensión del daño, en el sentido de su atenuación, aspecto este que resiste el quejoso.

Para dicha cuantificación del daño, el sentenciante tiene amplias facultades otorgadas por el art. 167 CPr. para determinarlo, teniendo en cuenta ciertos parámetros, dentro de los que también se incluyen, al igual que en las fórmulas matemáticas, la edad, ingresos, expectativa de vida, porcentaje de incapacidad, etc.

En este sentido, los montos solicitados en la demanda, representan un criterio objetivo a tener en

cuenta, al recurrir a esta forma de cuantificación de la incapacidad sobreviniente.

También por supuesto, puede recurrir a las fórmulas matemáticas, sin que la previsión del art. 1746 CCC descalifica o excluya las mencionadas facultades otorgadas por la ley adjetiva.

He adelantado en el tratamiento del agravio anterior, mi postura favorable al criterio utilizado en el decisorio de grado, para la cuantificación de las partidas, en función de las alegadas facultades y en punto a la subsunción de los distintos rubros en uno sólo que contemple los distintos aspectos vitales y personales afectados, de una manera integral y a fin de evitar duplicaciones de un mismo aspecto valorativo.

Lo dicho como dijera inicialmente, se refuerza en el caso, en la consideración de la particular característica del caso, en cuanto se merituará como pauta fundamental la incidencia o impacto que la mala praxis tuvo en la causación del daño, aspecto que, reitero, pretende soslayar el actor al considerar exiguo el monto de condena.

"Si el galeno es responsable por la pérdida de la posibilidad de curación que tenía el paciente y que se ve reflejada por la negligencia al momento de atención en una guardia, aunque no pueda endilgarse al profesional el daño final, en orden a las secuelas dañosas, solo se configura una hipótesis de frustración de la chance por no haber hecho lo posible y conveniente para que el extinto contara con la mejor y más rápida atención posible, presuponiendo por lo tanto una responsabilidad pecuniaria más atenuada acorde a la menor gravitación de la conducta" ("C., M. B. vs.

Hospital Interzonal General de Agudos Eva Perón s. Daños y perjuicios", CCC Sala I, General San Martín, Buenos Aires, 14/03/2017, Rubinzal Online, 56673/2012 RC J 2578/17).

En el *sub examine*, el actor ha peticionado los rubros incapacidad sobreviniente, daño biológico, daño a la salud y pérdida de chances, como rubros autónomos. El juzgador, en uso de las mentadas facultades, ha subsumido tales rubros en uno solo comprensivo de la incapacidad sobreviniente, y en base a los montos peticionados en la demanda ha efectuado su propia estimación.

No es posible advertir la falta de fundamentación que alega el recurrente, en tanto se ha tomado el tiempo la jueza *a quo*, para efectuar un análisis de cada uno de estos rubros en particular y, reitero, valorar la incidencia de la actuación profesional en la causación del daño, merituando que la misma no instaló la enfermedad, sino que de ella devino la pérdida de chance del actor de recibir el tratamiento médico adecuado a su patología, sin demora alguna, lo que condicionó su cura y lo sometió al devenir de los hechos narrados que culminó en la extracción de un órgano vital.

Por lo demás, la pretensión de utilizar los salarios percibidos en el poder judicial, constituye una mera hipótesis en tanto y cuanto no demuestra el quejoso, el perjuicio que la forma de cálculo de la jueza *a quo* le causa, ubicando su agravio en el ámbito de lo potencial e hipotético, sin que encuentre andamiaje en la concreta demostración.

En efecto, no logra demostrar el recurrente, más allá de su disconformidad con el monto, el error o la

improcedente en la modalidad elegida por el juzgador: la utilización de fórmulas matemáticas, Méndez, Vuotto, etc., no surge como única opción para la aplicación de las prescripciones previstas en el art. 1746 CCC y de allí que se encuentre dentro del ámbito de las facultades discrecionales del juzgador. Adviértase que siquiera puede proponer un porcentaje de ponderación de la mentada incidencia sobre el resultado de la fórmula, ya que ello no puede resultar, sino de prudencial estimación del juez, lo cual ha efectuado la jueza *a quo* desde el inicio.

Por otra parte, se ha señalado en otros pronunciamientos de esta Cámara que la utilización de tasa activa del Banco de la Nación Argentina, contiene o contempla el componente inflacionario, y es por esta razón que la tasa utilizada, aplicada desde la fecha 9 de noviembre de 2011, es decir, desde la fecha del perjuicio, resulta componedora de la depreciación monetaria en este caso, por tratarse los fijados de valores históricos.

Me he referido a los rubros que componen la incapacidad sobreviniente y su valoración por la jueza *a quo*, en los párrafos precedentes, considerándolos adecuados a derecho, por lo que a dicha consideración remito rechazando por iguales fundamentos las pretensiones de la actora respecto a adición del 20% a fin de contemplar vida de relación, y contestando también la autonomía conceptual del daño psicológico, aunque no resarcitoria, como pretende la actora.

Es que más allá de la pretensión de una mayor suma indemnizatoria, no se ha logrado demostrar el yerro de la jueza al cuantificar prudencial y discrecionalmente

las partidas indemnizatorias o a contrario, la conveniencia de adoptar el criterio pretendido.

En suma, los agravios se rechazan, confirmando los rubros subsumidos y la cuantificación de condena en concepto de incapacidad sobreviniente.

Daño moral:

La sentenciante de grado admitió el rubro por la suma de $400.000.

Ello generó la objeción de N. C. de S. SA respecto a la admisión del rubro; así como la queja de la parte actora en cuanto a su cuantificación.

La citada recurrente sostuvo que al no haber existido un reproche fundado en derecho y en los hechos de autos, mal podría concederse una indemnización por daño moral, so pena de hacerla incurrir un empobrecimiento sin causa.

Con sustento en que no corresponde indemnización alguna por este rubro, peticionó su rechazo con costas.

La actora, se agravió en tanto el monto le resulta exiguo.

La jueza *a quo* fija en concepto de daño moral la suma de $400.000.

Achacó a la jueza de grado la omisión de fundamentar la cuantificación, violentando así las pautas establecidas por el art. 1741 *in fine* del CCCN, y con ello la violación del art. 3 del CCCN, pues la decisión no es “razonablemente fundada” en este punto.

Señaló que la sentenciante se limita a referir por qué entiende procedente el rubro, efectúa consideraciones particulares del actor y también se refiere a la norma aludida, pero nada dice respecto de cómo determina ese monto y la ponderación de las

satisfacciones sustitutivas y compensatorias tenidas en miras, por lo que la falta de fundamentación al respecto es absoluta, y deviene arbitraria.

Infiere a partir de ello que con las mismas frases utilizadas podría haber puesto $600.000, $900.000 o cualquier otra cifra.

En cuanto a la insignificancia del monto que alega, refirió que actualmente sería un poco más que un salario de la víctima, que no guardan relación con la magnitud de los padecimientos espirituales sufridos por V., pese a la genérica mención formulada

Dijo que la suma otorgada resulta irrisoria, porque es carente de todo poder adquisitivo, cuando debió ponderar las sumas considerando que bienes o servicios concretos podían adquirirse con las mismas y que resulten a su arbitrario, razonables para sustituir el daño espiritual padecido. Ejemplificó lo expuesto a partir analizar el incremento del valor del JUS en los últimos tiempos.

Explicó que por cuanto la sociedad no es ajena a ello, la indemnización que se fije en definitiva debe ser proporcional y guardar adecuada relación al contexto económico actual. Invocó nuevamente el fallo G. en abono de su postura.

En función de las consideraciones efectuadas peticionó se revoque la sentencia y se fije un monto indemnizatorio que no sea inferior a $3.000.000, con más la tasa activa fijada, sin que resulte limitante el monto estimado en la demanda en orden al tiempo trascurrido y por haberse utilizado la fórmula y/o lo que en más o menos surja de la prueba a rendirse, a fin

de procurar que la reparación sea integral conforme lo pregona nuestra carta magna.

En abordaje de esta queja, corresponde precisar que me he referido en apartado anterior a la configuración del daño extrapatrimonial o moral, y a fin de no redundar en dicho concepto, destaco que la dificultad para ponderar su configuración y posterior cuantificación radica justamente en la subjetividad que lo caracteriza y que muchas veces resulta incluso imperceptible al resto o incluso al propio dañado.

El daño moral se proyecta sobre derechos subjetivos extrapatrimoniales y consiste en el sufrimiento causado como dolor, o como daño en las afecciones.

En relación a la prueba, y como ya dijera, si bien el daño moral siempre debe ser probado, y en este sentido el CCCN no distingue en materia de daño patrimonial y extrapatrimonial en cuanto a la carga de la prueba, en muchos casos, el daño moral no requiere incluso, prueba directa de su existencia y se acredita a través de presunciones judiciales, por el solo hecho de la acción antijurídica, del cual se desprende ínsito y con ello, la titularidad del derecho de la accionante. Lo dicho entonces en respuesta al agravio del codemandado, el cual no prospera.

A su turno, atendiendo la queja de la actora, corresponde precisar en cuanto a la cuantificación, el tema ha motivado la reforma del art. 1741 CCCN por medio del cual se recurre para su reparación a las “satisfacciones sustitutivas y compensatorias” que pueden procurar las sumas reconocidas en concepto de indemnización, las que deben estimarse por el juez, de conformidad los antecedentes de la causa y el daño

sufrido, siempre claro está, sin perder de vista que lo que se indemniza aquí, también tiene relación con la incidencia en la causación del daño motivada por la conducta de los galenos.

En el caso de autos, a más de la lógica consecuencia en su tranquilidad, se ha producido prueba testimonial que acredita este daño de índole extrapatrimonial, traducido en angustias, estados de ánimo, alteración de su paz espiritual, etc.

Cabe destacar que el actor ha cuantificado este rubro en su demanda y por tanto, acorde la facultad del juez de justipreciar las satisfacciones sustitutivas, dicha cuantificación resulta factible de considerar como pauta objetiva suministrada por el propio accionante, ya que la ponderación expresa de las satisfacciones a las que se refiere el art. 1741 es una facultad del juez, quien bien puede considerar lo solicitado en la demanda.

Ergo, el agravio de la actora no prospera, confirmándose el monto de $400.000.

Las partidas por gastos médicos, de farmacia y movilidad, tratamientos de todo tipo, erogaciones pasadas y futuras, y tratamiento psicológico, también fueron objeto de crítica.

La jueza de grado viabilizó la partida de tratamiento psicológico en la suma de $60.000, y además reconoció la suma que se reclama en la demanda en concepto de los restantes rubros enunciados precedentemente.

Ello resultó criticado por N. C. de S. SA, y la A. E. de S. M.

La citada se agravió de la admisión de los rubros "gastos de farmacia, asistencia médica y tratamientos psicológicos", por cuanto a su entender no obtienen en carácter de indemnizables, en tanto la praxis obrada se ha adecuado a los cánones exigidos por la rama del arte de curar.

Dijo que no puede consistir en la concesión de sumas de dinero sin fundamento ni basamento, puesto que se configuraría un enriquecimiento injustificado para la actora y por otra parte una violación a sus derechos constitucionales.

Expresó que la forma parcial en que fue tratada la controversia de autos a través de la sentencia hacen que el fallo deba ser revocado en lo referente a los rubros indemnizatorios mencionados, en tanto caso contrario se estarían violando principios constitucionales como la defensa en juicio, igualdad ante la ley y el derecho de propiedad.

Se explayó en consideraciones respecto a la función jurisdiccional a través de transcripción jurisprudencial.

Solicitó se revoque el decisorio en lo que al presente tópico respecta, por no ajustarse a derecho y a la verdadera realidad de las cosas.

La codemandada por su parte, dijo que le genera agravio la admisión del rubro gastos médicos, de farmacia y movilidad, tratamientos de todo tipo, erogaciones pasadas y futuras, y que además lo haya cuantificado utilizando solo los cálculos que la actora realizó al momento de entablar la demanda, sin que haya quedado acreditado en autos que esos gastos efectivamente fueron efectuados por el actor.

Dijo que no le consta a la sentenciante si el actor efectivamente abonó suma de dinero alguna y mucho menos su monto, máxime cuando además admite que el actor contaba con la cobertura de su obra social y que sería esta quien abonaría todos los gastos derivados de su patología.

Respecto al rubro tratamiento psicológico, expresó que le resulta lesiva la condenara a su pago toda vez que según surge de la pericia psicológica el actor jamás realizó tratamiento psicológico.

Argumentó además que debido al fallecimiento del Sr. J. por causas totalmente diferentes a las cuestiones médicas tratadas en autos, en forma posterior al inicio de las presentes actuaciones, no se podrá efectivizar tratamiento psicológico alguno, no siendo transmisible esta pretensión a quienes manifestaron ser herederos forzosos.

Con base en ello afirmó que el rubro resulta improcedente y superfluo, y debe revocarse.

Seguidamente, en cuanto a la cuantificación dijo el análisis que efectúa la Sra. jueza de para el cálculo de la indemnización pretendida por la actora es estrictamente subjetivo y dogmático, sin apego alguno a constancia o prueba de ningún tipo en el trámite judicial.

Sostuvo que el importe no fue justificado oportunamente por la actora y tampoco por la sentenciante al momento del dictado del fallo por lo que la determinación para la tasación del daño presuntamente producido en el actor no resulta procedente.

Peticionó en consecuencia se recepte el agravio y se revoque la sentencia en el punto.

En tratamiento de esta queja, corresponde destacar que, conforme el art. 1746 CCC los gastos médicos, de farmacia y movilidad o transporte se presumen, por lo que ante la falta de prueba en contrario por parte de los quejosos, el agravio no puede sostenerse, tanto más cuando se confronta con la prueba producida en autos, que demuestra el devenir del actor desde su derivación de urgencia a la ciudad de Buenos Aires para su atención en el H. I. de esa ciudad, hasta los numerosos controles médicos a los que luego debió someterse, de los que se desprenden ínsitos estos gastos, por lo que la queja no trasciende la mera disconformidad y no puede prosperar.

En cuanto a los gastos por tratamiento psicológico, fundadas las quejas en el fallecimiento del causante y por tanto en la imposibilidad de realizarlos, lo cierto es que es este un derecho que ingresó al patrimonio del actor desde el momento del perjuicio ocasionado, es decir, antes de su muerte y la pericia psicológica elaborada en autos, decretó su necesidad, debiendo diferenciarse el daño psicológico en sí, del tratamiento adecuado para su cura, por tanto, corresponde sean cuantificados.

El agravio no prospera.

Intereses:

Lo dispuesto en materia de intereses también resultó ser objeto de cuestionamiento.

N. C. de S. SA cuestionó el tipo de interés que dispuso aplicar la sentencia así como el momento a partir del cual indica que comenzaría el cómputo de los mismos.

Dijo que conforme la jueza sentenció a valores actuales dicho capital indemnizatorio no debe ser

actualizado, sino después de la fecha de la sentencia y no desde el 09.11.2011 fecha del estudio realizado por F.

Sin perjuicio de ratificar que ninguna responsabilidad le cabe por los hechos de autos, solicitó que en el hipotético supuesto de que la sentencia de primera instancia sea confirmada se apliquen intereses moratorios desde el dictado de la sentencia y no desde la fecha donde se habría producido el daño, en tanto de otra forma se estaría "actualizando" dos veces el daño, duplicándolo, y consecuentemente se produciría un enriquecimiento sin causa por parte de los herederos del Sr. J.

En cuanto a la tasa de interés volviendo sobre el argumento de que los valores se fijaron a la actualidad, dijo que corresponde modificar la tasa activa por una pura del 6% como es de estilo en la materia.

Párrafo seguido solicitó que de confirmarse la condena en los valores otorgados por la jueza *a quo*, la misma solo contemple el pago de intereses desde el momento que la liquidación quede firme y sea exigible a las partes; y que en el caso de que se reduzcan los montos otorgados y confiando en que así será, el cómputo de los intereses proceda a partir de la constitución en mora del deudor (notificación del traslado de la demanda) y que la tasa a aplicarse sea la tasa pasiva para operaciones de descuento del Banco de la Nación Argentina.

En tratamiento de esta parte de la queja, y respecto al punto, cabe destacar que en la apreciación de los montos indemnizatorios efectuados por la jueza a *quo* se tuvieron en cuenta los valores reclamados en la demanda,

por lo que la afirmación respecto al valor actual de los mismos deviene inaplicable. Esta es la razón por la que la jueza *a quo* fijó intereses a tasa activa desde el momento del perjuicio, ubicado temporalmente al tiempo de la primera tomografía, esto es 9/11/2011.

Los intereses que resarcen el daño que aquí se reclama son justamente de carácter resarcitorio, ergo, se deben desde el momento en que el daño ha sido causado, en el caso, desde la fecha de la tomografía practicada por el Dr. F. y en tal sentido, integran la indemnización, en virtud del principio de reparación plena.

En este aspecto, habrá de tenerse en cuenta que la obligación de resarcir el daño es una obligación de valor, ya que el objeto que se debe no es el dinero como en las obligaciones dinerarias, sino que se debe un valor determinado, una utilidad o ventaja patrimonial, sin perjuicio que en definitiva se satisface con una suma de dinero.

La doctrina y jurisprudencia no es pasiva ni uniforme en este tema que nos ocupa, sin embargo, merituando que se ha fijado el importe de los montos indemnizatorios a la fecha de la demanda, teniendo en cuenta que nos encontramos, como señalé precedentemente, ante una deuda de valor, la aplicación de la tasa activa en ese período, al contener un componente de actualización, produce un reconocimiento de la desvalorización del dinero.

En este sentido, la tasa activa del Banco de la Nación Argentina aplicada desde la fecha de la producción del daño, resulta una solución razonable a los fines de la reparación plena o integral de los daños

ocasionados al actor y acorde al art. 1747 CCC al disponer que “el resarcimiento del daño moratorio es acumulable al daño compensatorio o al valor de la prestación, y en su caso, a la cláusula penal, sin perjuicio de la facultad morigeratoria del juez cuando esa acumulación resulte abusiva”.

Por ello, el agravio no encuentra recepción favorable.

A su turno, la parte actora se agravió del cómputo de los intereses respecto de los gastos para tratamientos terapéuticos.

Sostuvo que la magistrada, si bien consideró que el valor resulta actualizado a la fecha de la pericia y de allí fija intereses a la tasa activa hasta su efectivo pago, omite fijar los intereses desde la fecha en que el daño se ocasionó hasta la fecha de la pericia que los estima, violentado así lo dispuesto por el art. 1748 del CCCN, aplicable en forma inmediata en orden a lo previsto en el art 7 del mismo Código.

Refirió que por cuanto se está indemnizando deudas de valor, originadas en el mismo momento del evento dañoso, los intereses se deben desde esa fecha.

Fundamentó que la falta de contemplación de los intereses desde el momento del hecho y hasta que fue estimado el valor de los tratamientos, afecta el derecho a la reparación integral y pulveriza la indemnización.

Peticionó que se aplique una tasa pura que no resulte inferior al 12% mensual desde el hecho dañoso y hasta la fecha en que fueron estimados por el perito y a partir de allí y hasta el pago los fijados por la sentenciante.

En cuanto al análisis del agravio del actor, debe merituarse que la sentenciante de grado, al cuantificar el rubro de tratamientos terapéuticos, le aplicó la tasa de interés activa del Banco de la Nación Argentina desde el momento de la pericia psicológica -10/2/2020-.

En este aspecto, resulta atendible la queja de la actora, en función de lo normado en el art. 1748 CCC en cuanto prescribe que los intereses se deben desde que se produjo el perjuicio y ello ocurrió en el *sub examine*, antes de la pericia que constató el daño.

Por otra parte, la tasa del 12% reclamada por el actor con fundamento en fallos de la Cámara que integro, más allá de su aplicación aislada en algún precedente, no conforma en modo alguno, criterio sostenido por este Cuerpo, a más que el fallo mencionado no se condice fácticamente con el presente, no resultando por tanto obligatorio su acatamiento.

Es por ello que propiciaré la aplicación de la tasa pura al 6% desde el día 9/11/2011 hasta la fecha de la pericia -10/2/2020- y de allí en adelante, la tasa activa dispuesta en el decisorio de grado.

Lo cierto es que, los intereses que se fijan a una indemnización resultan una consecuencia de la falta de reparación oportuna del daño. Lo que se resarce con los intereses es el daño moratorio sufrido, cuando la víctima no es indemnizada en el mismo momento en que sufrió el perjuicio. La tasa de este tipo de interés, se determina conforme el art. 768 CCC, por acuerdo de partes o lo que disponga la ley especial, y a falta de estos, debe ser ponderada por el juzgador, teniendo en cuenta a tal fin, las que fije el BCRA en su reglamentación.

Sabido es que, dentro del amplio espectro de posibilidades que brinda la entidad central, expone distintas tasas de interés según los diferentes tipos de operaciones de que se trate, y por ello la elección de la misma quedará librada a la determinación judicial, según las circunstancias particulares del proceso de que se trate. Ello, no resulta ocioso aclararlo, en nada vulnera el principio de congruencia, ya que esta es una incuestionable facultad judicial.

El agravio prospera parcialmente.

Condena a integrar la tasa de justicia:

La codemandada, A. E., se agravió además de lo resuelto en el punto 4. del resolutorio de la sentencia definitiva en cuanto a que determina la integración del pago de la tasa de justicia alegando que es una persona jurídica sin fines de lucro (Asociación Civil y Mutual), por lo que no le corresponde su pago por la tramitación de estas actuaciones judiciales, por encontrarse prevista tal situación en la normativa provincial vigente, como una exención de carácter subjetivo (inciso b) del apartado 2° del art. 17 de la Ley 1806. Invocó jurisprudencia al efecto.

Respecto a la queja, luce extemporáneo el planteo efectuado, toda vez que de creerse en su derecho, debió la quejosa invocar oportunamente en su primera presentación, la exención para el caso de condena, acreditando además la reunión de los presupuestos necesarios para que opere la exención prevista en la norma citada.

Nada de esto se ha planteado en la contestación de demanda de fs. 268/277 y por tanto no es posible su tratamiento en esta alzada, a riesgo de violentar

gravemente el principio de congruencia procesal. Es que, el límite de los poderes de revisión está dado por aquellos capítulos que hayan sido propuestos a la decisión del juez de primera instancia en el escrito introductorio de la demanda (art. 280 CPr).

"La alzada no debe receptar capítulos que importen la introducción de nuevas pretensiones u oposiciones, o la alteración de alguno de sus elementos pues ello alteraría la igualdad, la bilateralidad y el equilibrio procesal, y vulneraría el principio de congruencia" ("Montenegro, Diego Martín vs. Aranda, M. Vanesa s. Liquidación de régimen patrimonial del matrimonio" - CCC, Sala II, Azul, Buenos Aires, 11/11/2021, Rubinzal Online, 67350, RC J 1265/22).

Por lo expuesto, el agravio se rechaza.

En consecuencia, a tenor de los fundamentos esgrimidos, los agravios de los recurrentes, deben rechazarse, con excepción de lo dispuesto en los párrafos precedentes respecto a la aplicación de la tasa de interés a los gastos terapéuticos, confirmándose en lo demás la sentencia de grado. La modificación dispuesta no altera costas ni honorarios (art. 282 CPr.). Costas de esta instancia a los codemandados. Regulando los honorarios de los letrados de la actora, conjuntamente, en un 30% y los de los codemandados actuantes en el 25% para cada una de las partes intervinientes, conjuntamente, en todos los casos con más el IVA si correspondiere y de lo regulado en primera instancia (art. 69 CPr. y art. 13 de la Ley XIII-nro.4).

A la segunda cuestión, la Dra. Robert dijo:

Propongo, por tanto, la siguiente fórmula postulatoria:

1) Rechazar los recursos de apelación interpuestos, con excepción de lo dispuesto en los párrafos precedentes respecto a la aplicación de la tasa de interés a los gastos terapéuticos y confirmar en lo demás, la sentencia de grado en todas sus partes.

2) Costas de esta instancia a los codemandados vencidos Dr. M. F. E., Dr. M. A. F. y A. E. de S. M. de C. R. Regulando los honorarios de los letrados de la actora, conjuntamente, en un 30% y los de los codemandados actuantes en el 25% para cada una de las restantes partes intervinientes, conjuntamente, en todos los casos con más el IVA si correspondiere y de lo regulado en primera instancia.

A la primera cuestión, el Dr. Pis Diez dijo:

1) *Antecedentes*:

Como los antecedentes del caso y el contenido de la expresión de agravios han sido reseñados por el colega preopinante, a tales constancias me remito con el fin de evitar repeticiones estériles.

2) *Tratamiento de los agravios*:

En este capítulo trataré los agravios planteados por el apelante contra la sentencia de primera instancia.

Antes de ingresar sobre esa cuestión, debo señalar que la jurisprudencia ha dicho con respecto al alcance los agravios y la competencia de la alzada: "El agravio constituye la medida de la apelación, conforme el principio de la congruencia. El recurso de apelación no admite hechos nuevos u otras pruebas que las ya existentes en las actuaciones, ya que el apelado no puede agregar otros hechos distintos a los que alego cuando solicito la mediad habiendo tenido todos el

tiempo y posibilidades probatorias a su disposición, incluso ejercitable sin la participación y conocimiento de que se vería afectado por la medida (arg. art 8, Ley 7166). Es así que, la firmeza que adquiere una medida cautelar participa de la naturaleza de la cosa juzgada, ya que producida a su respecto la preclusión de las impugnaciones recursivas solamente es posible obtener su modificación por vía incidental cuando se producen, articulan acreditan situaciones diversas a la de origen" (CCCom., de La Matanza, Sala II, 4-6-2000, "Transporte el Progreso SA c/ Municipalidad de La Matanza s/ amparo").

También es preciso señalar que la obligación de los magistrados de decidir las cuestiones conducentes para el fallo se circunscribe a las que estimen necesarias para la sentencia que deben dictar (ver, *v. gr.*, Santiago C. Fassi en "Código procesal...", t. I, pág. 278), y que no se encuentran ceñidos a seguir el enfoque jurídico esgrimido por las partes, ni tampoco a rebatir todos y cada uno de sus fundamentos por ellas invocados (ver, *v. gr.,* fallos 258:304 entre muchos), por ello, me limitaré a considerar los agravios sobre aquellas cuestiones centrales que sean útiles para la decisión (ver fallos 272:225, entre muchos y CNCiv., Sala C, 23/03/2011 – "Ferrocarriles Metropolitanos SA c. Agli, Jorge A.", en JA 2011-IV, fascículo n. 5, pág. 61).

A continuación, abordaré los agravios:

2.a) *Atribución de responsabilidad*:

En forma preliminar, la actora solicita que se declaren desiertos los agravios de los demandados. Da fundamentos.

La jurisprudencia ha dicho: “El cumplimiento de los requisitos que exige el art. 260, CPCC de Chaco se debe valorar con un criterio riguroso a fin de garantizar con amplitud la apertura de la doble instancia que, como regla general prevé el ordenamiento procesal, de lo que surge que la deserción del recurso por insuficiencia de contenido del escrito de expresión de agravios debe ser interpretado con criterio restrictivo, como toda pérdida de derechos” (“A. O. T. S.A. vs. Provincia de Chaco y otros s. Medida cautelar de no innovar” - CCC Sala 1ª, Resistencia, Chaco, 31/07/2013, Rubinzal Online, RC J 17537/13).

Por ende, a los efectos de garantizar el derecho de defensa en juicio, trataré los agravios.

Por lo tanto, se rechaza este planteo.

Ahora bien, con respecto a esta cuestión, de conformidad a los antecedentes citados por mi colega preopinante, a los que por razones de brevedad me remito, debo destacar que se trata de una cuestión controvertida por las partes de este proceso. Fue recurrida y expresaron agravios la actora, M. F., S. M. S.A., la A. E. de S. M. y N. S. S.A.

Pues, por un lado, la actora destacó en su escrito de demanda, que los daños en la salud que padeció y la extirpación de su riñón izquierdo, se debieron al obrar culposo de los Dres. E. y F., detallando en qué consistió.

Por otra parte, los demandados sostuvieron, en sus respectivos libelos de contestación de demandas, que la pérdida del riñón izquierdo tuvo como única causa, la enfermedad -el cáncer- que tenía el actor, con

anterioridad al 11 de noviembre del año 2011- y con antelación a ser atendido por ellos.

De modo tal, afirman no existió nexo de causalidad entre las actuaciones profesionales de los galenos precitados y la extirpación del órgano aludido y las demás consecuencias, como las terapéuticas por el carcinoma detectado.

En definitiva, aseveran como argumento defensivo que los Dres. E. y F. obraron de acuerdo a la *lex artis*.

Ahora bien, en forma previa al tratamiento de los agravios, es preciso destacar algunas breves nociones sobre la responsabilidad civil de los médicos.

De manera tal que para que se configure la responsabilidad civil médica, es necesario que concurran los siguientes presupuestos: i) conducta antijurídica, ii) causalidad adecuada, iii) imputación subjetiva, iv) daño.

Con respecto a la culpa médica, Ricardo Lorenzetti, señala:" …En una postura disímil, Bustamante Alsina considera que para establecer la culpa deberá apreciarse en concreto la naturaleza de la obligación, o del hecho y las circunstancias de las personas, tiempo y lugar; luego de ello el juez creará el tipo abstracto de comparación que le permite establecer si el sujeto acto o no como debía en esa emergencia. Es decir, la culpa debe ser apreciada en concreto…" (Lorenzetti, Ricardo, "Responsabilidad Civil de los médicos", T. II, p. 31).

Del mismo modo enfatiza: "Como ya lo señalamos *ut supra*, la remisión al modelo de fijar la conducta exigible en las obligaciones de hacer es antigua doctrina en Argentina; lo mismo ocurre en su utilización

para la valuación de la culpa. Este criterio implica tomar en cuenta la costumbre como fuente normativa, puesto que se exige al médico obrar, como mínimo, de acuerdo a lo que hacen sus pares en la misma especialidad y en similares circunstancias. Penetra así en una suerte de ley profesional" (obra citada, p.85).

Posteriormente, debe destacarse que otro presupuesto necesario en la configuración de la responsabilidad médica es la causalidad adecuada entre el acto médico y el daño.

Al respecto, Lorenzetti dice: "La teoría encuentra soporte en la noción de la previsibilidad, que comparte con la culpabilidad la idea, si se quiere estadística, de regularidad... De modo que el régimen se asienta sobre la normalidad y la previsibilidad" (obra citada, p. 211).

Asimismo, dice: "La doctrina de la causalidad adecuada es, en general razonable en su aplicación… El juez se debe remontar al momento que ocurrió la cusa para establecer si el resultado era probable en base a las condiciones existentes. Este primer paso, que algunos denomina "problema ontológico", implica un pronóstico objetivo póstumo… Este juicio es objetivo porque allí se pone en consideración el criterio de la "normalidad" que hace su entrada a través de un estándar jurídico (un médico diligente) y no la previsión concreta del agente según las circunstancias de tiempo, lugar, naturaleza de la obligación, que son propios de la culpa (obra citada, p. 213).

Por su parte, la imputación, es claro que es de índole subjetiva (art. 1768 del CCCN).

En definitiva, más allá de que exista culpa médica, y que esta sea muy grave, debe mediar causalidad adecuada entre esta y el daño.

Ahora bien, yendo al caso concreto y valorando las pruebas arrimadas en autos, advierto que para resolver esta cuestión tiene vital relevancia la pericia médica, obrante a fs 763/768 elaborada por el perito W., así como la historia clínica.

En primer lugar, analizaré lo relacionado con la culpa médica, conforme lo expuesto anteriormente.

De la misma se colige en forma indubitada que en la tomografía inicial realizada por el Dr. M. F., el tumor era visible y no fue informado -p. 12, fs. 766-.

También está probado que el Dr. E., desde el 11 de noviembre del año 2011 hasta que el actor fue a ver al Dr. A., erró no solo el diagnóstico, pues lo trataba por una enfermedad distinta a la que tenía el actor, y no arbitró los medios para detectar el tumor en el riñón izquierdo y había sospechas para pedir otros estudios. Y no lo hizo.

Concretamente el perito médico dictamina: "Considero que ha existido un error médico de diagnóstico, ya que el estudio de la resonancia magnética nuclear de fecha 9 de noviembre del año 2011, se puede observar la presencia de una masa ocupante en medio del riñón izquierdo, imagen que no fue diagnosticada por el especialista de imágenes Dr. M. F. Este error, llevo a que el médico urólogo, Dr. E., continuara buscando otra causa para la pérdida de sangre, demorando el diagnóstico de certeza, tiempo que determinó que cuando fuera detectada se tuviese que realizar una cirugía de mayor envergadura consistente

en la extirpación total del riñón izquierdo" (fs. 611vta.).

Es decir, el obrar médico culposo está acreditado.

Sin embargo, repito, es un hecho controvertido también el atinente al nexo de causalidad entre el obrar médico y el daño alegado por el actor.

En efecto, la actora sostiene que hubo responsabilidad médica de los galenos, pues fue ocasionada por un grosero error de diagnóstico en que incurrieron ambos médicos, lo que ocasionó un daño, consistente en que el actor perdiera la chance o posibilidad de tener tratamiento terapéutico adecuado a tan severa patología, por el lapso de varias semanas, circunstancia que culminó con la pérdida del riñón izquierdo.

Por su parte, los demandados argumentan que de todos modos era inevitable la extirpación del riñón a causa del cáncer del actor.

Sobre este punto, debo decir, que de acuerdo a lo dispuesto por el art.381 del CPCCCh, las partes deben probar los presupuestos fácticos de la pretensión de cada uno.

Cabe señalar que conforme el artículo 381 del CPCCh cada parte debe probar el presupuesto de hecho de las normas o normas que invoque como fundamento de su pretensión, defensa o excepción.

Al respecto, Devis Echandía señala: "… a) Contenido de la regla. No se trata de fijar quién debe llevar la prueba, sino quién asume el riesgo de que falte. Por consiguiente, si el adversario o el juez llevan la prueba del hecho, queda satisfecha a cabalidad la carga, exactamente como si la parte gravada con ella la hubiera

suministrado. En consecuencia, no es correcto decir que la parte gravada con la carga debe suministrar la prueba o que a ella le corresponde llevarla; es mejor decir que a esa parte le corresponde el interés de que tal hecho resulte probado o de evitar que se quede sin prueba y, por consiguiente, el riesgo de que falte (el cual se traduce en una decisión adversa).

h) Cuál es el criterio correcto. Estamos de acuerdo con Rosenberg, Micheli y los autores que los siguen, en que el único criterio aceptable para una regla general en esta materia, debe contemplar no solamente la posición procesal de las partes y el hecho aislado objeto de la prueba, sino el efecto jurídico perseguido con este en relación con la norma jurídica que lo consagra y debe aplicarse. Lo fundamental es la posición sustancial de la parte en el proceso, respecto al efecto jurídico que del hecho debe deducirse, de acuerdo con la norma jurídica por aplicar que lo contempla como su presupuesto; es decir, hay que determinar cuál de las partes pretende ese resultado, aun cuando esa parte no haya invocado en su favor tal norma, pues al juez le corresponde aplicarla oficiosamente: *iura novit curia*.

Dicha regla resulta más clara y completa si se hace expresa mención tanto al efecto jurídico perseguido por la parte, como la norma que lo contempla y de la cual es presupuesto el hecho de cuya prueba se trata. De este modo se da una visión más completa de la regla general porque los efectos jurídicos perseguidos por una parte tienen precisamente corno presupuesto los hechos que contempla la teoría legal que los consagra, y, por lo tanto, el riesgo de que falte su prueba debe correrlo esa parte.

Recordemos que, como regla general en lo civil, solamente los hechos controvertidos permiten que el juez recurra a la regla de la carga de la prueba, debido a que su admisión por el adversario los deja suficientemente probados, a no ser que la ley excluya para ellos la confesión: en el último caso, no interesa la falta de controversia, lo cual, ocurre siempre en lo penal respecto a la prueba del delito o la contravención" (Hernando Devis Echandía, "Compendio de la prueba judicial", Tomo Primero, Rubinzal Culzoni Editores, pág. 243/244).

Si bien, la carga de la prueba del nexo de causalidad está en cabeza del actor, no es menos cierto que por el deber de colaboración, la carga de las pruebas dinámicas y el principio "pro damnato" -ya que la victima se encuentra en un estado de dificultad probatoria-, deviene la regla de facilitarle la carga de probar los hechos constitutivos de su pretensión o bien de invertirla (ob. citada, p.329).

Ahora bien, considero que de las pericia médica y demás actuaciones, como las actuaciones médicas de los Dres. A. y B., se desprende con meridiana claridad la existencia de la culpa médica de los galenos -como ya se expusiera recientemente-, ya que en la tomografía del 9-11-2011 pudo observarse el tumor, que no fue diagnosticado por el especialista y esto llevó al médico urólogo a continuar buscando otra causa por pérdida de sangre, derivado el diagnostico de certeza, tiempo que determinó que cuando, tardíamente, fue detectado se tuvo que realizar una cirugía de urgencia, de mayor envergadura, consistente en la extirpación con del riñón

izquierdo del actor, provocando una incapacidad parcial y permanente del 30%.

Es decir, está probado que el Dr. E. solo indicó la realización de urocultivos al actor, pese a la persistencia de los síntomas y ante la concurrencia del actor a la consulta médica.

Está demostrada la culpa médica del Dr. F. por informar en forma negligente el resultado de las imágenes tomográficas y el Dr. E. por negligencia no agotó los recursos médicos para aclarar el diagnóstico ante la persistencia de los síntomas del actor.

Por otra lado, no escapa a mi criterio que el actor con anterioridad al 9-11-2011 tenía el tumor precitado.

Tampoco desconozco el rol que juega la enfermedad en la causalidad del daño en análisis.

El Dr. Lorenzetti al respecto dice: "En la responsabilidad médica se advierte una gran confusión en el análisis del error, de su separación con la culpa y el papel que desempeña la enfermedad. La pregunta de difícil respuesta es: ¿hubo culpa, error, o fue el curso inevitable de la enfermedad?, ¿en qué caso responde el médico?...." De tal modo, la enfermedad es un riesgo por el cual el médico no responde. Sin embargo, rendirá cuenta si decide tratar o someter al paciente a una terapia riesgosa equivocados culposamente en el balance riesgo-beneficio (obra citada, ps. 107 y 113).

Con respecto a la prueba producida en este acápite, debo decir que por antonomasia es la pericia médica y la historia clínica.

Debo decir que, en la pericia médica, el perito indica que si se hubiera diagnosticado a tiempo el tumor

en el riñón izquierdo del actor, no se hubiera realizado una cirugía de mayor envergadura.

Los demandados, en cambio, alegan que desde que se realizó la primera tomografía hasta que se detectó la patología, el tamaño del tumor no aumentó significativamente y que además no genero metástasis, y que la extirpación del riñón era inevitable.

Si bien destaco que las demandadas no produjeron prueba suficiente e idónea para acreditar con certeza absoluta que era totalmente inevitable la extirpación del riñón, pues el perito dice que si se hubiera diagnosticado a tiempo el tumor en el riñón izquierdo del actor, no se hubiera realizado una cirugía de mayor envergadura.

Y esta falta de prueba, estaba a cargo de las demandadas. Por ende, la ausencia de la misma juega en su contra.

En efecto, los demandados no probaron con prueba medica contundente su tesis, y por ende, debo tener en cuenta lo dictaminado por el perito, pero aclaro que tampoco es muy contundente la pericia en cuanto al grado de probabilidad de pérdida de chance de curación.

No detallan cuáles eran las probabilidades que había de salvar el riñón izquierdo y qué tratamientos se podían realizar y cuál es la estadística en esos casos.

Pero, en consecuencia, la existencia de la pérdida de chance -a mi entender- está probada.

En un fallo de la justicia norteamericana se ha dicho: “El médico es responsable si falla en hacer lo necesario para determinar si el tumor es maligno” (“O Bien versus S.”, CA 8 Iowa.43-F 2d.1013) (Ricardo

Lorenzetti, “Responsabilidad civil de los médicos, t. II, p. 127).

Los médicos demandados no efectuaron ningún estudio para constatar la existencia del tumor y menos que fuera maligno o benigno.

En otras palabras, la existencia de la chance de curación del riñón está probado, pero no su grado de probabilidad y ese punto tiene notable incidencia a la hora de otorgar las partidas indemnizatorias y su cuantificación.

El Dr. López Mesa sobre este tema dice: “Para que una chance perdida sea resarcible, la relación de causalidad debe existir necesariamente entre la pérdida de la oportunidad (en este caso que analizamos, de mejoría o supervivencia) y la actuación del demandando. Si dicha relación causal intermedia no existe, no puede resarcirse la chance perdida. Bien ha escrito Couturier que “la noción de pérdida de una chance es utilizada por la jurisprudencia cada vez que no es posible establecer un lazo de causalidad entre una culpa y un perjuicio, o sea porque este lazo es demasiado incierto, o sea porque categóricamente ha sido excluido, particularmente en materia médica por un peritaje. Una controversia nació en doctrina para determinar la función de esta noción. ¿Se trata de establecer artificialmente, incluso de manera contradictoria, un nexo de causalidad entre la culpa del médico y el estado real del paciente o bien de desmarcarse de este perjuicio aparente y retener entonces el daño específico que podría constituir para este último la chance perdida de curación o de supervivencia?”. Agrega luego Couturier que “...no solo la noción de pérdida de una chance implica la de daño

específico sino que también supone un enfoque particular de la causalidad". Y menciona al pasar "la presencia irreductible del factor aleatorio en todo proceso causal", afirmando luego que "en materia médica, más particularmente en la hipótesis de la pérdida de una chance, la imposibilidad para el juez de adquirir una certeza le conduce a acudir a la verosimilitud, a la probabilidad. Así, cuando esta es considerada como suficiente por los expertos, el juez deduce de eso la existencia de presunciones y no se discute que ellas puedan servir de medios de prueba para demostrar la existencia de un nexo de causalidad. En cambio cuando la duda subsiste totalmente y cuando es imposible hacer volcar este juicio de probabilidad hacia una probabilidad suficiente, la carga de la prueba de la causalidad incumbe a la víctima, y esta soporta todas las consecuencias, por lo que no tendrá derecho a reparación de su perjuicio". Y finaliza el brillante desarrollo el autor citado expresando que "este llamado a la teoría de las probabilidades tiene, en la hipótesis de la pérdida de una chance, una función doble: tornar probable [...] la existencia de un daño específico pero también permitir el establecimiento de un nexo de causalidad entre este y la culpa del médico. En materia de pérdida de una chance, perjuicio específico y causalidad son en cierto modo consustanciales. Es el mismo grado de probabilidades que va así a dar consistencia a la noción de perjuicio específico, permitiendo aportar la prueba, y demostrar, por el juego de las presunciones, la existencia de un lazo de causalidad con la culpa del médico". Si la evaluación de chances perdidas requiere de un análisis muy

particular de la exigencia de causalidad, con mayor razón ocurre ello cuando se trata de reclamos por pérdida de chance de curación, es decir, con la evaluación de chances perdidas a consecuencia de un yerro médico, materia en extremo difícil". Con agudeza se ha dicho al respecto que "la necesidad de caracterizar la existencia de un nexo de causalidad reviste una dimensión particular en materia médica ya que, en este dominio, más que en otro, nada es dictado por ningún absoluto, de modo que no es raro que el daño resulte de un conjunto de causas difícil de establecer con certeza y precisión" ("Responsabilidad civil médica y pérdida de chance de curación (La "mala praxis médica" y el reclamo por la no recuperación de la salud o el agravamiento de la enfermedad)", por M. J. López Mesa, p. 12, "Revista de derecho de daños. Chances", 2008-I).

El Dr. Feliz Trigo Represas señala: "Se entiende por "chance", pues, la probabilidad suficiente de una ganancia, que se frustra por culpa del responsable o, más precisamente, como bien lo resolviera la Sala C de la Cámara Nacional en lo Civil, la privación de la oportunidad de participar, con algún grado serio de probabilidad, en un evento o disputa de resultado incierto, en el que se habría definido la obtención o no de un beneficio económico. Cazeaux, Nicolás Halperín y Zannoni entre nosotros, y los hermanos Henri y Léon Mazeaud en Francia, han mencionado como ejemplos clásicos de pérdida de una "chance" el de un caballo de carrera que se lleva al hipódromo para participar en un clásico, pero que no puede llegar a tiempo en razón de que el camión en el que se lo transportaba vuelca por imprudencia de sus conductores; o el de un abogado o

procurador que dejan perimir un juicio o no interponen los recursos ordinarios pertinentes contra una sentencia adversa. Agregando luego que, sin duda, tanto el resultado de la carrera como el del pleito son siempre inciertos: el primero por cuanto está sujeto y depende, en muy buena medida, de las vicisitudes del azar, y el segundo, en razón de que no cabe anticipar el éxito de ningún juicio, dado que aun los que aparecen revestidos de la mayor simpleza pueden, contra toda previsión, orientarse hacia una solución diversa de la previsible... Por todo lo cual podría parecer entonces, *a priori*, que no correspondería ninguna indemnización por la frustración de tales posibilidades; no obstante que, sin embargo, resulta indudable que en esa "concurrencia de factores pasados y futuros, necesarios y contingentes, hay una consecuencia actual y cierta, que a raíz del acto imputable, se ha perdido una 'chance', oportunidad o probabilidad, por la que es justo reconocer una indemnización". Lo cual es así, aunque "la no realización del resultado también hubiese sido posible por causas naturales o imputables a terceros", y pese a que ya "no se sabrá jamás si fue el agente, u otra causa, quien hizo perder lo que estaba en juego". De manera que la pérdida de una chance implica siempre la existencia de un alea, pues la posibilidad de lograr el damnificado el beneficio que esperaba obtener era ya, de por sí, algo fortuito o azaroso. La chance es pues la posibilidad de un beneficio futuro probable, que integra las facultades de actuar del sujeto en cuyo favor la esperanza existía; por lo que privar al mismo de esa expectativa conlleva sin lugar a dudas un daño... En realidad la "chance" u oportunidad

en sí misma y no el beneficio que se esperaba lograr en cuanto tal. Y cuando el daño consiste en la frustración de una esperanza o pérdida de una "chance" coexisten a la vez un elemento de certeza y otro de incerteza. "Certeza de que de no mediar el evento dañoso –trátese de un hecho o acto ilícito o de un incumplimiento contractual–, el damnificado habría mantenido la esperanza" de obtener en el futuro una ganancia o evitar una pérdida patrimonial. Pero a la par incertidumbre, definitiva ya, sobre sí, "manteniéndose la situación de hecho o de derecho que era el presupuesto de la 'chance', la ganancia se habría en realidad obtenido, o si la pérdida se habría evitado" ("La pérdida de chance en el derecho de Daños. De la certidumbre de un perjuicio a la mera posibilidad o probabilidad", Nocien, Revista de Derecho de daños, 2008, T. I, p.53).

Como se vio la probabilidad de la chance de pérdida de curación del riñón izquierdo del actor está demostrada.

Por todo lo expuesto, se rechazan los agravios y se confirma la sentencia en este punto.

2.b) *Segundo agravio demandadas (A. E. de S. M. y N. C. de S. SA*:

Se quejan, pues argumentan que no puede endilgárseles una responsabilidad objetiva.

La A. E. de S. M. afirma que para que opere el deber de garantía y la obligación tácita de seguridad, es necesario que se pruebe la culpa del obrar de los médicos que actuaron en la institución y el nexo de causalidad con el daño del actor.

Al no suceder lo expuesto, no habría responsabilidad para extender a la institución.

Ahora bien, ingreso a tratar el agravio.

En efecto, no se trata de una cuestión discutida que los médicos demandadas, E. y F. prestaban sus trabajos en el nosocomio demandado, cuando ocurrió el evento daños de marras, aun más integraban la plantilla de médicos especialistas de la institución, el primero como urólogo y el segundo como especialista de diagnóstico en imágenes.

De manera tal que habiéndose acreditado la responsabilidad de los médicos citados, y el vínculo de estos con el Sanatorio, la responsabilidad es contractual y objetiva (art. 504 del Código Civil).

La jurisprudencia ha dicho: "En lo que hace a las clínicas, y por aplicación de los principios generales, su responsabilidad recién surgirá cuando se acredite la culpa médica. Vale decir, que el responder de aquellas necesariamente va a estar ligada al incumplimiento previo de los deberes que estaban en cabeza de los galenos que tuvieron a su cargo la atención de la víctima. Es que, en relación a los hospitales, sanatorios y clínicas, se reconoce sin mayores discusiones que pesa sobre ellos una obligación tácita de seguridad hacia quien acude a los servicios que brinda.

Vale decir, que rige una cláusula sobreentendida de garantía que se traduce en atender a la seguridad del paciente, y que tiene su fundamento en el principio general de la buena fe (art. 1198, del Código Civil). En otras palabras, existe la obligación de la entidad hospitalaria o clínica de prestar asistencia médica, la cual lleva implícita una obligación tácita de seguridad de carácter general o accesoria para la preservación de

la persona de los contratantes contra los daños que puedan originarse en la ejecución del contrato" ("A., M. C. vs. S., C. F. y otro s. Daños y perjuicios" - CNCiv., Sala B, 07/03/2013, Rubinzal Online, RC J 9470/13).

De esta manera descarto de plano este argumento recursivo.

Por lo tanto, se rechaza el agravio.

2.c) *Tercer agravio: aplicación del Código Civil y Comercial de la Nación*:

La A. E. de S. M. critica que la magistrada de grado acudió a las normas del Código Civil y Comercial para medir y cuantificar el daño y del viejo Código Civil para establecer la responsabilidad y que ello lo hizo en beneficio del actor.

Considero que este planteo no debe prosperar.

La Dra. Aída, Kemelmajer de Carlucci ha dicho sobre el tema: "La mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia entiende que los hechos dañosos acontecidos antes del 1°de agosto de 2015 se rigen por el Código Civil. Esta regla rige los siguientes aspectos: I) todos los presupuestos de la responsabilidad civil como relación crediticia: la antijuridicidad; los factores de atribución, la relación causal y el daño; II) la legitimación para reclamar; III) la pérdida de chance como daño resarcible, aun si se trata de daños causados en las reacciones de consumo" (Kemelmajer Decarlucci, Aida R.; "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", segunda parte, "Análisis de doctrina y jurisprudencia", ed. Rubinzal Culzoni, 1ra. ed., Santa Fe, 2016, pág. 232).

Asimismo, se ha dicho: “Hay cierto acuerdo en que debe distinguirse entre a 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, sea fijándolo en dinero, o estableciendo las bases para su cuantificación en la etapa de ejecución de sentencia” (Kemelmajer de Carlucci, Aida R., ob. cit., pág. 234).

De modo tal que es correcto el razonamiento de la jueza de primera instancia en este punto.

Por lo tanto, se rechaza este agravio.

2.d) *Agravios con respecto a las partidas indemnizatorias y su cuantificación*:

Sobre este punto, se alzaron en queja tanto las demandadas, así como el actor.

En primer lugar, trataré los agravios de las demandadas.

En tal sentido, debo decir que la Asociación Española vuelve a repetir la narrada en su escrito de contestación de demanda, en cuanto a que no corresponde indemnización alguna, puesto que no hubo de parte de los galenos culpa médica y conexión causal con el daño.

Esto ya fue resuelto anteriormente, motivo por el cual se rechaza.

Además, asevera que se duplican las indemnizaciones, pues en un partida incluye al daño sobreviniente, el daño biológico, y el daño la salud, el psicológico y de pérdida de chance. Afirma que la jueza de primera instancia no explica la diferencia.

Agrega que por los mismos argumentos cuestiona el otorgamiento del daño moral y el psicológico.

Ahora bien, ingreso a su tratamiento.

Sostengo que la jueza ponderó, conforme el art. 167 del CPCCh los daños patrimoniales y extramatrimoniales en forma prudente su cuantificación.

Es inveterado el criterio jurisprudencial que los daños son patrimoniales o extrapatrimoniales.

El Dr. López Herrera, Edgardo dice: "Una de las polémicas más intensas del viejo Código fue si el daño se podía dividir en patrimonial o extrapatrimonial o moral o si había terceros géneros, como el daño biológico, el daño al proyecto de vida, psíquico, etc. Luego de una lectura de la forma en que quedó redactado el art. 1738, pareciera que los dos primeros casos son de daños patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) y luego lo que queda es daño extramatrimonial o moral (López Herrera, p.1065,1066, "Código Civil y Comercial Comentado", Directores Julio César Herrera y Graciela Medina, T° IV).

Cabe agregar que lo que se busca es la reparación íntegra de los perjuicios mediante las indemnizaciones.

Al respecto, el Dr. Alterini ha dicho: "Sin perjuicio de reconocer la larga historia del concepto de reparación integral, el Código pone en crisis su existencia dado que prefiere sustituirla y emplear la denominación "reparación plena". Ello es explicado pormenorizadamente en sus fundamentos por la Comisión redactora cuando eleva el proyecto al decir que "uno de los aspectos más controvertidos de la regulación propuesta por el Proyecto de 1998 en materia de daños fue la existencia de limitaciones cualitativas (art. 1634).

"Para aclarar este punto conviene hacer algunas precisiones: a) la indemnización del daño nunca es

integral, porque no coincide el daño real con el jurídico. Si hay algo que pueda ser denominado "real" comprende muchos aspectos que para el legitimado del derecho son importantes, pero el sistema jurídico los excluye. Por ejemplo, hay un régimen de causalidades que no cubre todas las consecuencias, sino solo las previsibles, porque hay que valorar la posición del agente. También hay limitaciones difíciles de superar, como ocurren, por ejemplo, con la indemnización dineraria, que nunca puede conformar la desaparición de un ser querido; b) indemnización, a su vez, tiene relación con los distintos subsistemas en los que se aplica y hay numerosos supuestos en los que hay límites en el derecho vigente. Además, muchos de ellos provienen de convenios internacionales, como ocurre, por ejemplo, en materia de transporte aéreo; c) en otros casos, hay diferentes modos de solucionar un mismo problema, como sucede en los accidentes de la circulación: unos países lo incluyen en la seguridad social, otros lo cubren con el seguro de primera persona, otros lo regulan mediante la responsabilidad civil, la mayoría con limites en la cobertura.

"Frente a toda esa variedad, y teniendo en cuenta la tradición argentina en la materia, se ha decidido consagrar, como principio general, la reparación plena. Como todo principio, de le lograrse su satisfacción en la mayor medida posible, lo que no es incompatible con que, en situaciones delimitadas, pueda armonizarse con otros principios y establecerse una limitación por medio de las leyes especiales" (Alterini, Jorge, "Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético", T° VIII, p. 258).

Con relación al tema, Márquez y Sappia especifican "que la reparación plena o integral es uno de los pilares fundamentales sobre los que se erige nuestro sistema de responsabilidad por daños y "suponen la necesidad de una razonable equivalencia jurídica entre el daño y la reparación". La noción es la siguiente: en aquellas situaciones que un sujeto haya sufrido un menoscabo, ya sea en su patrimonio o en su persona, debe percibir una indemnización de determinadas características que permitan que el estado de cosas actual sea razonablemente coincidente con el estado en que se encontraba antes de sufrir el daño: En definitiva, lo que se busca es suprimir los efectos nocivos del suceso dañoso, de la manera más completa posible.

"Este objetivo de la reparación plena, se plasma en cuatro pautas que deben ser tenidas en cuenta en el caso concreto: el daño debe ser fijado al momento de resolver, la indemnización no debe ser inferior al perjuicio sufrido, la apreciación debe efectuarse en concreto, y la reparación no debe ser mayor al daño padecido" (Alterini, Jorge Horacio, "Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético", 2da. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2018, págs. 258/259).

Ahora bien, advierto que la jueza en los considerandos del fallo dice: "Considero que más allá de la autonomía conceptual que merece cada rubro, la cuestión de la concreción resarcitoria a través de la viabilizarían de una suma de dinero que contenga la totalidad de los aspecto reclamados, debe subsumirse en una sola partida a fin de evitar la duplicación de indemnizaciones que responden a un mismo punto valorativo, puntualmente, la salud de la persona en su

visión integral- física, psíquica, biológica, a la salud en general y la expectativa de una mejor y pronta recuperación.

Es decir, todo el daño de índole patrimonial los incluyo en una partida y los de naturaleza extramatrimonial en el daño moral.

No observo duplicación de indemnizaciones.

Por otra parte, si leemos la demanda del actor, advertimos que en las partidas indemnizatorias, en lo atinente al daño por incapacidad sobreviniente solicita por la pérdida de un órgano que pudo evitarse y los padecimientos psicológicos que pudieron evitarse y de las mismas afecciones a la vida en relación la suma de $500.000.

Con relación al daño biológico según lo narrado en la demanda está constituido por la pérdida del riñón izquierdo y también la potencialidad de una metástasis derivada en la injustificada pérdida de tiempo la suma de $150.000.

En relación al daño en la salud, en su demanda, lo sustenta en las dificultades atravesadas y el empeoramiento de su salud por el error en el diagnostico.

Y la pérdida de chance en las posibilidad de ingresos futuros.

Como se ve, las demandadas se agravian, pues aseveran que se duplican los reclamos y el actor dice lo contrario, que no fueron discriminados.

Pero lo cierto es que en la partida de la indemnización por incapacidad sobreviniente, la jueza de manera correcta, trató el daño biológico, el daño a la salud, el daño psicológico con repercusión en la

integridad físico-psíquica y fijó una indemnización por el todo.

En definitiva no se probó en este caso una independencia del daño biológico fuera de la incapacidad sobreviniente, lo mismo sucede con el daño a la salud y la pérdida de chance.

La jurisprudencai ha dicho: "La incapacidad sobreviniente como daño patrimonial comprende esencialmente tres rubros: 1) la capacidad laborativa o productiva o sea la pérdida de ingresos o la afectación en la concreta aptitud productiva o generadora de ingresos, rentas o ganancias específicas; 2) la capacidad vital o la aptitud y potencialidad genérica, es decir la que no es estrictamente laboral (el daño al denominado daño biológico que se suele invocar como daño autónomo); 3) el daño a la vida de relación o a la actividad social muy estrechamente vinculado con la capacidad intrínseca del sujeto. Por ello la incapacidad física y psíquica comprende no solo la afectación patrimonial concreta derivada de la repercusión económica en el plano laboral, sino que también incluye la afectación a la integridad física y psíquica en sí misma, más allá de lo productivo y el daño a la vida de relación. La incapacidad sobreviniente o daño psicofísico, o lesión a la salud o a la integridad física y psíquica, resulta comprensiva de todos los detrimentos patrimoniales, es decir no solo de los que repercuten en el ámbito laboral (individual, familiar, social, etc.). Ello, además, de lo que corresponda a la esfera extrapatrimonial o moral" ("C., M. L. vs. T. A. P. S.A. s. Daños y perjuicios" - "L., M. vs. C., C. B. y otro/a s. Daños y perjuicios" - CCC Sala II, Azul, Buenos Aires,

02/09/2020; Rubinzal Online; 65619 - 65620; RC J 6118/20).

Asimismo: “En la praxis jurisprudencial argentina el daño biológico está comprendido en el concepto amplio de incapacidad sobreviniente. Ello así, pues la incapacidad sobreviniente comprende: i) la capacidad laborativa o productiva, o sea, la pérdida de ingresos o la afectación a la concreta aptitud productiva o generadora de ingresos, rentas o ganancias específicas; ii) la capacidad vital o la aptitud y potencialidad genérica, es decir, la que no es estrictamente laboral; iii) el daño a la vida de relación o a la actividad social, muy estrechamente vinculado con la capacidad intrínseca del sujeto. En este contexto el daño biológico se identifica con el valor intrínseco de la integridad física y psíquica. Y la amplitud de la concepción argentina de la incapacidad sobreviniente prevista en el art. 1086, Código Civil, incluye e incorpora la fase "estática" del daño a la persona, en cuanto alude al resarcimiento por la aptitud física o psíquica tronchada pero que carece de repercusión patrimonial concreta y específica, y también la fase "dinámica", o sea, la actividad productiva o generadora de ingresos, personales o familiares” (“D. L., J. vs. D., H. de D. s. Daños y perjuicios” - CCC, Junín, Buenos Aires, 19/11/2013, Rubinzal Online, 6006-2005, RC J 18592/13).

Por lo tanto, se desestima este agravio.

Respecto a los agravios expuestos por N. C. de S. SA, señalo que repite los argumentos de la contestación de la demanda y que no hubo culpa médica y causalidad

adecuada con la pérdida del riñón, y que igualmente por la enfermedad se hubiera perdido.

Esto ya fue resuelto anteriormente y en forma reciente.

Se rechaza este agravio.

Se agravia de la concesión de los rubros daño moral, gastos farmacéuticos y tratamiento psicológico.

Sostiene que los valúa en forma excesiva y dos veces.

Advertimos que este agravio no puede prosperar, pues como vimos están bien ponderados por la jueza de primera instancia.

También se agravia por el punto de partida de intereses que deben correr desde el dictado de la sentencia.

Sin embargo, debe rechazarse, pues los intereses la magistrada los fijó desde el evento dañoso y no los cuantificó al momento de la sentencia (1738 CCC).

Se agravia del fallo y solicita que se aplique el 6% anual.

Pero vimos que los intereses corren desde el evento dañoso, motivo por el cual no prospera este agravio.

Finalmente, Se rechaza el agravio de la demandada con respecto a que se aplique el 6% pues no se cuantificó a la fecha de la sentencia y se confirma que sea la tasa activa que cobra el Banco Nación de la Argentina para las operaciones de descuentos de documentos.

También se agravia con relación al rubro "gastos de farmacia, asistencia médica y tratamiento psicológico", pues los médicos mencionados actuaron adecuadamente.

Atento a que se establece la responsabilidad medico de los galenos, se rechaza este agravio. Y a tenor de lo prescripto por el art. 1746 del CCCN, que los presume.

Se rechaza el agravio sobre la tasa de justicia pedida por la A. E. de S. M., pues no fue pedida en la demanda.

La jurisprudencia ha dicho: "Los tribunales de alzada no pueden exceder la jurisdicción que acuerdan los recursos concedidos ante ellos, pues si prescinden de esa limitación y resuelven cuestiones ajenas a las pretendidas por las partes –en el caso, se impuso una multa al escribano demandado, en tanto el actor había reclamado la reparación del daño causado por el incumplimiento de la obligación de dar fe de conocimiento- se afecta la garantía constitucional de defensa en juicio" (CSJN 13-12-2001 "Mazza Angel N. y otro c. L. de B. C. E", L.L. Online ("La Congruencia Procesal", Guillermo Jorge Enderle, Rubinzal Culzoni Editores, pág. 285).

Se rechaza el agravio.

Los agravios de la actora:

La parte actora también criticó la cuantificación de la indemnización por incapacidad sobreviniente por considerarlo exiguo, y asevera que debió utilizarse como parámetro los salarios de la victima como empleado judicial y denunciando violación del art. 1746 del CPCCN y caso "Ontivero" de la CSJN.

Sostiene que no tomó en cuenta que J. era empleado judicial, no consideró el ingreso actual, ni su actividad laboral ni el un 20% de adicional por la vida en relación, a la hora de establecer la indemnización

por incapacidad sobreviniente. Ni la doctrina del caso Gripo de la CSJN.

Afirmó que no explica de qué manera cuantificó la indemnización psicológica.

Criticó como subsumió todos los daños patrimoniales en una sola partida.

Asevera que debió recurrir a la fórmula del art. 1746 del CCCN, para cuantificar la indemnización por incapacidad sobreviniente.

Y que no toma la tasa pura del 12%, desde el hecho del evento dañoso hasta la sentencia, la que debe fijarse a valores reales y actuales.

Sostiene que no valoró el daño biológico y de salud.

Ahora bien, si uno lee atentamente la demanda interpuesta por el actor, se deduce: i) que fue articulada el 5 de mayo del año 2014, ii) que demandó la suma de $1.713.000, más intereses y actualización monetaria, iii) que al demandar los daños incapacidad sobreviniente , perdida de chance, daño biológico, de salud, moral y psicológico, no pidió que sea a valores reales y actuales, iv) no invocó ninguna fórmula matemática-financiera ni la del art. 1746 del CCCN ni el art. 772 del CCCN -no estaba vigente en esa fecha-.

Con esto quiero significar que lo fundamentos de los agravios introducíos, en su mayoría, violentan el principio de la congruencia procesal, pues son introducidos en la expresión de agravios y no pueden ser distintos a los planteados en la demanda, violando el derecho de defensa en juicio.

La jurisprudencia ha señalado: “En primer lugar, cabe decir, que la pretensión introducida por la demanda

tuvo como efecto, entre otros, fijar el objeto litigioso (artículo 34 inciso 4 y 333 del CPCCCh).

Es decir, en mérito al principio de la congruencia procesal el juez no puede fallar más allá de lo pedido por los demandantes. Ni el demandante una vez trabada la litis, puede cambiar su pretensión, sin violar el derecho de defensa en juicio de la otra parte.

La jurisprudencia ha dicho: "El denominado principio de congruencia está dirigido a delimitar las facultades resolutorias del órgano jurisdiccional, por imperio del cual debe existir identidad entre lo resuelto y lo controvertido oportunamente por los litigantes, y en relación con los poderes atribuidos en cada caso al órgano jurisdiccional por el ordenamiento jurídico. La congruencia exige que el fallo no se expida de en más de lo requerido por las partes; que no contenga menos de lo pretendido por ellas, y que no otorgue algo distinto e lo reclamado" (CSJ de Santa Fe, 14-0-2-2001 "Saucedo Mario c/ Cooperativa de Carniceros" ("La Congruencia Procesal", Guillermo Jorge Enderle, Rubinzal Culzoni Editores, pág. 63).

Sin perjuicio de lo expuesto, al respecto debo decir que lo que la magistrada de primera instancia cuantificó e indemnizó fue la pérdida de chance por la ausencia del riñón izquierdo.

Mosset Iturraspe señala: "Sintéticamente es necesario preguntarse acerca de qué es lo que se debe probar en el caso concreto. Si de acuerdo a las circunstancias del caso, lo afirmado tiene aptitud para generar el hecho o el bien. Si este hecho puede suceder o existir. Si es verosímil que pueda existir o suceder, o sea que resulta creíble que así sea, por no ofrecer

aspecto de falsedad. Si es razonable esa ocurrencia. Que se frustró por un factor atribuible al responsable. Que sea cuantificable económicamente. Y que la contraparte no demuestre que igualmente no hubiera existido o sucedido" (Jorge Mosset Iturraspe y Miguel Piedecasas, "Responsabilidad por daños", T° XI, p. 216 y 217).

En cambio, la actora en la demanda dice que la jueza no explica como cuantifica.

En su demanda la actora manifiesta que era altamente probable que de no haber sucedido el obrar médico culposo se hubiera evitado la pérdida del riñón izquierdo.

Sin embargo, de las pruebas producidas por las partes no queda claro en qué porcentaje hubiera sido esa pérdida de chance de curación; es decir, ¿en el 10% el 40% el 60%?.

El magistrado de primera instancia tampoco indica o explica sobre este punto. Empero la actora en sus agravios no aportan nada tampoco en este capítulo; pero sí está probada la existencia de este daño, pero no su porcentaje.

Por tal motivo, dice la magistrada que para cuantificarlos utiliza la norma del 167 del CPCCCh.

Roberto Vázquez Ferreira dice: "Ahora bien el Tribunal consideró con buen criterio que la paciente tenía cáncer de mama, lógicamente no atribuible a la acción médica. Y lo que se discurre en tal supuesto, en lo que hace al establecimiento de los daños, es la chance de curación o de sobrevida de la que fue privada la paciente por el accionar médico. Pero solo se trata de eso, de la pérdida de la chance pues absolutamente nadie

puede asegurar que de haber sido correctamente atendida hubiera salvado su vida. En otras palabras del tribunal, lo que corresponde resarcir es solo la pérdida de la chance de sobrevida ocasionada por una muerte acelerada, pero que también pudo haber ocurrido -o no- en tiempo más o menos prematuro, a causa del mal preexistente. Obviamente que en tales condiciones el monto indemnizatorio otorgado se vio sustancialmente reducido conforme la chance perdida y teniendo muy en cuenta el mal que aquejaba al paciente. En otras palabras, no corresponde fijar la indemnización en los que comúnmente se llama valor vida, sino tan solo respecto esa pérdida de chance" (Vázquez Ferreyra, Roberto, "Cuantificación del daño", 2001, T. I, Revista de Derechos de daños, p 21).

Por otra parte, el agravio de la parte actora en este punto, no es razonado ni concreto, pues no dice el porcentaje de la chance de curación perdida sobre la salud del actor, ni porque el razonamiento de la jueza para ponderar la cuantificación es erróneo.

La jurisprudencia ha dicho: "La función de la Cámara es revisora, pues no se trata de un nuevo juicio, y aquella encuentra su límite en la existencia y extensión de los agravios, que deben constituir la crítica concreta y razonada de los fundamentos del fallo de primera instancia con lo que se disconforma, demostrando cuáles son los errores en él incurridos, pues, de lo contrario, la insuficiencia de la queja conlleva la deserción del recurso, y si bien es cierto que la corriente general de la jurisprudencia es que basta con un mínimo de crítica, ello no significa que pueda el órgano jurisdiccional sustituir o subsidiar la

actividad propia del recurrente" (arts. 260, 261, 34, inc. 5°, pto. c, Cód. Procesal - "Bernharte, Graciela Beatriz vs. Telefónica de Argentina S.A. s. Daños y perjuicios" - CCC, Sala II, Morón, Buenos Aires, 23/02/2023, Rubinzal Online, RC J 565/23).

No demuestra que sea insignificante el monto acordado por la partida por incapacidad sobreviniente, la que abarca al daño biológico, al de salud, al psicológico y al de la vida en relación.

De modo tal que no demuestra que la cuantificación en este punto por la jueza sea equivocado y además lo que se debe buscar es la reparación plena, con fórmula matemática del 1746 o sin ella.

No hace el cálculo de a qué valor se arriba con las sumas indemnizatorias e intereses, conforme sentencia, y cuál sería el valor actual según su entender, en el caso de aplicarse el art.772 del CCCN.

El Dr. Jorge Alterini destaca que es merecedora de nuestra aprobación lo dispuesto en el Código Civil y Comercial con respecto a "las obligaciones de valor"… Aunque lo cierto es que lo normado por el art. 772 que nos ocupa prevé expresamente la cuantificación de un valor (Alterini, Jorge: "Tratado Exegético Código Civil y Comercial de la Nación, t° IV, p. 240).

Antes el autor habló del término y de la evolución del concepto "deuda de valor" en nuestro país. En tal sentido, dice "… la obligación de indemnizar se encuentra constituida por un valor en abstracto y no por una suma de dinero, aunque en definitiva para su cumplimiento, aquel deba transformarse en este mediante el procedimiento de liquidación, por lo que dicho valor permanece idéntico a sí mismo, con prescindencia de la

moneda que en su oportunidad le servirá de medida" (Alterini, Jorge: "Tratado Exegético Código Civil y Comercial de la Nacion, t° IV, p. 238).

El actor realiza alegaciones genéricas para afirmar que el monto es insignificante.

El Dr. Jorge Alterini dice: "Otras líneas de interpretación, si bien aceptan la incorporación de fórmulas de matemática financiera, además de diferir en a cuál de ellas es aplicable, conforme el contenido del art. 1746, se lo adopta como pauta orientadora, teniendo en cuenta el artículo 1742, pero se debe considerar en la medida que la ley canaliza y limita el arbitrio judicial para cuantificar el daño, es menor el margen de la aplicación de la facultad para atenuar el monto resarcitorio en función de la capacidad patrimonial del responsable… Es decir, que si bien *ab initio* no descarta la aplicación de fórmulas matemáticas, tampoco se sujeta a ellas de un modo fijo, apartándose de su aplicación cuando el resultado al que arriba resulta irritante, ya sea por su exigüidad o excesividad" (Alterini, p. 333, 335, obra citada).

Concluyo que es correcto que la jueza de primera instancia valorara el daño biológico y de salud, y el de la incapacidad sobreviniente y lo incluya en una sola partida.

Esto se expresó y se determinó al tratar los agravios de las demandadas.

Pero tomo muy en cuenta la incidencia que tuvo la enfermedad en la pérdida de chance de curar y conservar el riñón.

Afirma: "En tal sentido, el déficit en la correcta aplicación de los conocimientos científicos y cuidados

que requería el caso, privaron al paciente de la chance de recibir el tratamiento oportuno y adecuado y, fundamentalmente de curación, aunque fuera parcial pues, en el caso del tumor alojado en el riñón izquierdo, la chance podría haber consistido en conservar dicho órgano".

Por su parte, es criterio aceptado que el daño psicológico, puede tener incidencia en al ámbito patrimonial y extramatrimonial. Y así lo hizo la jueza al fijar la partida de daño patrimonial y la de extrapatrimonial.

Y dio explicaciones suficientes en los considerandos de su sentencia.

La actora en su demanda no solicitó que la sentencia se dictara a valores actuales, y por lo tanto, no corresponden sus argumentos, ni los antecedentes jurisprudenciales que invoca.

Como se expusiera no demostró que los valores a los que se llega con la sentencia de primera instancia, sea menores a los que se llega si se hubiera aplicado el art. 772 del CCCN.

La Jueza dice que tomó en consideración y ponderó al fijar la indemnización por incapacidad sobreviniente el daño de la vida en relación.

Además, la jueza de primera instancia no se apartó de la pericia psicológica, pues la parte patrimonial, la contempló al otorgar la incapacidad sobreviniente y la patrimonial al otorgar la indemnización por tratamiento psicológico.

Sin embargo, una vez determinada la existencia de este daño, da las pautas suficientes para su cuantificación.

Allí dice que en la partida patrimonial viabiliza la reparación reclamada de manera integral, que contenga toda la faz del daño patrimonial, como incapacidad sobreviniente -comprensiva de la afección psicológica-, como conceptos que se esbozan ella demanda a través de las partidas de daño biológico y daño a la salud. Asimismo, el impacto en la vida de relación donde el daño repercutió quitándole oportunidades para llegar en mejores condiciones a su vida de adultez mayor -partida reclamada como pérdida de chance-.

Y, agrego, que los daños biológicos y daños a la salud, fueron considerados en la partida de daño patrimonial.

Por tal motivo se rechazan los agravios, primero, segundo y tercero del actor.

Con respecto a la indemnización por daño moral, la actora dice que no da fundamentos la jueza para cuantificarlos.

La jurisprudencia ha dicho: "Valorarle daño moral es determinar su entidad cualitativa, esclarecer su contenido intrínseco o composición material y las posibles oscilaciones de agravación o disminución, pasadas o futuras (Zavala de González, Matilde: "Resarcimiento de daños", tomo 4, "Presupuestos y funciones del derecho de daños", Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pág. 481). Y una vez valorado, debe ponderarse su repercusión en el plano indemnizatorio, determinando su valor y cuantificando la indemnización, es decir determinando cuánto debe pagarse en concepto de indemnización para alcanzar una justa y equilibrada reparación del detrimento, lo que es extremadamente difícil en el caso del daño moral pues para esto; no hay

un mercado de bienes espirituales quebrantados. De allí que la liquidación del daño y cuantificación de la indemnización genere problemas muy serios y requiera de ciertas técnicas adicionales" (Pizarro, Ramón Daniel: "La cuantificación de la indemnización del daño moral en el Código Civil", en "Revista de Derecho de Daños", 2001-1, "Cuantificación del Daño, pág. 337 y siguientes, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2001). A fin de transformar en dinero el merecido resarcimiento de los actores por el tremendo agravio moral padecido, resulta pertinente utilizar un modelo donde aparezca una fuente tal que permita trocar el sufrimiento por alegría o placer y producir nuevamente la armonización perdida; se trata de encontrar un sucedáneo al estado negativo del sujeto que predomine sobre él y que se vuelva estable en situación de dominación respecto de la estructura en que interactúa" (Ghersi, Carlos Alberto: "Daño moral y psicológico", 2° edición, ed. Astrea, Buenos Aires, 2002, pág. 179/181).

En tal sentido, dice que se trata de darle a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido compensado en la medida de lo posible, un daño consumado, siendo a tales efectos que el dinero es un medio de obtener satisfacciones y goces para reestablecer el goce de bienes extrapatrimoniales (arts. 1738 y 1741) y la fija en $400.000.

Y la actora no logra conmover esta postura.

No demuestra claramente y en forma concreta error en el razonamiento de la jueza de primera instancia en este punto.

Pero, además, se debe considerar que esta suma lleva intereses desde la fecha del evento dañoso hasta el efectivo pago.

El actor no prueba que la suma con intereses a la fecha sea exigua.

Asimismo, la sentencia fijó los intereses desde la fecha en que ocurrió el evento dañoso, pues por el principio de la congruencia procesal, así fue pedido por el actor.

De modo tal que las pautas que da el art. 772 del CCCN, para cuantificarlos al momento mas próximo en el fallo no es aplicable, pues, por un lado, el actor en la demanda así no lo pidió.

Tampoco demuestra que la aplicación de intereses según sentencia de primera instancia vulnere la reparación integral.

De modo tal que el pedido que hace la actora del interés del 12% debe desestimarse, pues no fue solicitado en la demanda.

A mi entender el fallo es correcto en este punto.

De manera tal, se rechazan los agravios, primero, segundo y tercero de la actora.

Además, se agravia del cómputo de intereses para el rubro tratamiento psicológico. Y pide los intereses del 12% desde la fecha del evento dañoso hasta el dictamen.

Considero que en ese caso, es criterio adoptada por esta Cámara que el intereses es del 6%.

En otras palabras: la tasa pura (sin escorias inflacionarias), se devenga desde el momento tomado en cuenta para la valoración; y la tasa de interés con escoria inflacionarias (si tal mecanismo fuera aplicable

para la obligación dineraria), se devenga desde allí en adelante, aún cuando se trate de un momento anterior al dictado de la sentencia (*cf*. Ossola Federico y Aldo Azar, “Tratado de Derecho Civil y Comercial”, T. III, “Responsabilidad civil”, p. 565).

La jurisprudencia ha dicho: “Cuando la indemnización se ha estimado a valores posteriores a la fecha de exigibilidad del crédito, más cercanos a lo que habría de entenderse como valor actual de lo debido, resulta congruente con esa realidad económica liquidar los intereses devengados hasta ese momento aplicando, como tradicionalmente se establecía en relación con todas las modalidades de actualización, una tasa de interés puro, es decir, el accesorio destinado a la retribución de la privación del capital, despojado de otros componentes (e.o., “La pérdida del valor adquisitivo de la moneda, producto del fenómeno inflacionario”, citas: C.S.J.N., C. 120.536, "Vera" (sent. de 18-IV-2018) y C. 121.134, "Nidera" (sent. de 3-V-2018), elDial.com - AAC26F y elDial.com - AAC1EC).

Corresponde la aplicación de la tasa pura del 6% desde la fecha del evento dañoso hasta el dictamen.

Se admite este agravio.

4.5) *Agravio: la incapacidad sobreviniente derivada de la incapacidad psicológica debe ser indemnizada cualquiera el rótulo o rubro bajo el cual se lo reconozca-. Se aparta de la pericia sin fundamento*.

Se introducen en su segundo agravio, apuntan a la incapacidad sobreviniente derivada de la incapacidad psicológica y denuncian que la sentenciante se apartó de la pericia sin fundamento.

Señalan que la jueza de grado no cuantificó la incapacidad psicológica que surgiría de la pericia realizada en autos, que ello implicaría una incapacidad sobreviniente en los actores reclamantes, que tampoco se rechazó el rubro. Que, en el dictamen, el perito habría calificado técnicamente al padecimiento de algunos, el alcance del mismo y la posibilidad de medirlo en baremos.

Ahora bien, debe decirse que la jueza de primera instancia no rechazó expresamente la incapacidad sobreviniente.

Sin embargo, tomó en cuenta la pericia psicológica para fijar la reparación del daño material por el costo de tratamiento psicológico y para cuantificar la incapacidad sobreviniente.

Es decir, que valoró a la citada prueba de manera razonable.

La incapacidad psíquica y física se indemniza, en forma conjunta, cuando se da la incapacidad sobreviniente, circunstancia que aquí no ocurre.

La jurisprudencia ha dicho: "La incapacidad física y el daño psíquico deben ser valorados en forma conjunta porque los porcentajes incapacitantes padecidos por el damnificado repercuten unitariamente, lo cual aconseja que se fije una partida indemnizatoria que abarque ambos aspectos, que si bien conforman dos índoles diversas de lesiones, se traducen en el mismo daño, que consiste, en definitiva, en la merma patrimonial que sufre la víctima por la disminución de sus aptitudes y para el desempeño de cualquier trabajo o actividad productora de beneficios materiales. En cada caso debe adoptarse un criterio que contemple sus específicas

circunstancias, especialmente las referidas a la edad de la víctima, su preparación intelectual o capacitación para el trabajo, el grado de disfunción padecido y la incidencia que ésta posee para el ejercicio de sus actividades" ("M., A. D. L. y otro vs. M., E. T. s. Daños y perjuicios" - CNCiv., Sala A, 08/02/2012, Rubinzal Online, RC J 2403/12).

Más allá de las transcripciones que hace el apelante sobre la perica psicológica, considero que el magistrado la tuvo en cuenta para fijar los costos del tratamiento psicológico y para la indemnización por incapacidad sobreviniente.

La jurisprudencia ha sostenido de manera reiterada que el daño psicológico no es una tercera categoría, o bien ingresa en el daño moral o en el daño material.

La jurisprudencia ha dicho: "Daño psicológico. Carencia de autonomía indemnizatoria rubro daño psicológico: reiteradamente hemos señalado que el trastorno psíquico carece de autonomía indemnizatoria pues, en tanto daño patrimonial indirecto, integra el de incapacidad y en cuanto al aspecto extrapatrimonial, el daño moral, sin que quepa confundir el bien jurídico afectado —esto es, la integridad física y síquica— con los perjuicios que de ella derivan, que solo pueden comportar daños patrimoniales indirectos o daño extrapatrimonial (ver en la misma línea, *v. gr.*, CNCiv., Sala G, 04/06/2010 – "Roldán, Javier Guillermo c. Cermelli, Dante Carlos y otros" - Publicado en La Ley Online, cita *on line*: AR/JUR/28820/2010). En el caso se lo incluye en el daño patrimonial sin que medie refutación suficiente como para enervar lo decidido" (Sentencia Definitiva n° 32/2018, fecha: 14/11/2018).

Se rechaza el agravio.

Por otra lado, el caso jurisprudencial que cita los actores no es aplicable a este caso.

Costas y honorarios.

Se adhiere a lo expuesto por mi colega preopinante.

A la segunda cuestión, el Dr. Pis Diez dijo:

Me adhiero a la fórmula postulatoria de la Dra. Robert.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del CPCCCh (Ley XIII-5-DJ, Anexo A, y Ley V-174), se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que el Dr. Günter Enrique Flass no emite su voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente **SENTENCIA**:

1) Rechazar los recursos de apelación interpuestos por las partes codemandadas.

2) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

3) Modificar parcialmente la Sentencia nro. 13/22 de fecha 19 de abril de 2022 y determinar que los intereses de los gastos terapéuticos se calcularán a la tasa pura del seis por ciento (6%) desde el día 9/11/2011 hasta la fecha de la pericia -10/2/2020- y de allí en adelante, a la tasa activa dispuesta en el decisorio de grado, confirmándose en lo demás la sentencia recurrida.

4) Confirmar la imposición de costas y la regulación de honorarios dispuestas en primera instancia.

5) Imponer la costas de esta instancia a los codemandados vencidos Dr. M. F. E., Dr. M. A. F. y A. E. de S. M. de C. R.

6) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en la alzada al Dr. N. A. D. en el treinta por ciento (30%), a la Dra. L. F. M. en el veinticinco por ciento (25%), al Dr. E. N. y a la Dra. L. F., conjuntamente en el veinticinco por ciento (25%) y al Dr. O. R. en el veinticinco por ciento (25%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

7) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL nro. 20 DEL AÑO 2023
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "C"