

## Medico Y Mal Diagnostico

### JURISPRUDENCIA

### Médico y mal diagnóstico

### Se resuelve revocar la sentencia

rechazando la demanda por mala praxis contra un médico derivada de un erróneo diagnóstico pues la prueba a cargo del reclamante debe versar sobre actos u omisiones del profesional que demuestren una actividad negligente, imprudente o falta de la pericia necesaria, y no solamente sobre el resultado negativo del tratamiento.

En la ciudad de Mercedes, Provincia de Buenos Aires, a los 15 días del mes de Septiembre de 2015, se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores Jueces de la Sala I de la

Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Mercedes de la Pcia. de Buenos Aires, Dres.

ROBERTO ANGEL BAGATTIN Y EMILIO ARMANDO IBARLUCIA, con la presencia de la Secretaria actuante, para dictar sentencia en el Expte. N° SI-115400, en los autos: ?MARCUCCI MIRTA ELSA Y OTROS C/ ARE GRACIELA M. Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS?. La Cámara resolvió votar las siguientes cuestiones esenciales de acuerdo con los arts. 168 de la

Constitución Provincial y 266 del C.P.C. 1°.- ¿Es justo el rechazo de la prescripción opuesta por el demandado Pedro Fabián Michellis, y, en su caso la imposición de costas? 2°.- ¿Es justa la admisión de las excepciones de falta de legitimación pasiva

opuestas por los demandados Carlos Alberto Levalle, Marcelo Pedro Leranoz, Julio A. Herscovich, José A. Herscovich y Pedro Fabián Michellis, y, en su caso, la imposición de costas? 3°.- ¿Es justa la sentencia apelada? 4°.- ¿Qué pronunciamiento

corresponde dictar? Practicado el sorteo de ley dio el siguiente resultado para la votación: Dres. Emilio A. Ibarlucía y Roberto A.

Bagattin. VOTACION A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA, el señor juez Dr. Emilio A. Ibarlucía dijo: I.- La

sentencia de fs. 1007/44 es apelada por la demandada Graciela M. Are, Sistema Integral Médico Chivilcoy S.A., Emercoop S.A., Pedro Fabián Michellis, y por la parte actora, quienes expresan agravios a fs. 1079/91, 1092/93, 1094/98, 1101/04 y 1108/15

respectivamente. Los de la parte actora son contestados a fs. 1123/26, 1129/31, 1132/34, 1135/36, 1138, 1139, 1141/45,

encontrándose firme el llamado de autos para sentencia. II.- 1.- Mirta Elsa Marcucci, por si y en representación de su hijo J. I. L.,

y Valeria Lucini promovieron demanda contra la Dra. Graciela Aré y Emercoop S.A. por indemnización de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la muerte del esposo de la primera y padre de los segundos, H. A. L., el 20/07/00 en la ciudad de

Chivilcoy. Dijeron que desde hacía varios años el sr. H. A. L. padecía de hipertensión arterial esencial, enfermedad que se

agravaba por el stress que le generaba su trabajo y por su condición de fumador. Continuaron diciendo que el 15/07/00, al comenzar a sentir un latido en su ojo derecho, fue atendido por su médico el Dr. Palmieri, quien lo medicó para que disminuyera la presión

arterial y ordenó algunos estudios. El 20/07 comenzó a sentir un dolor en el pecho, y, estando en su casa, a eso de las 19.40 hs. su hija llamó a Emercoop S.A. - servicio médico del cual era afiliado como empleado de la municipalidad -, arribando al domicilio una

ambulancia con la médica Dra. Graciela Aré, quien ya había atendido en alguna oportunidad a L. Luego de auscultarlo, le dio un tranquilizante (Trapax sublingual), y le efectuó un electrocardiograma, que, según dijo la médica, salió bien, por lo que se retiró del

domicilio diciendo que el dolor iba a pasar. Continuaron narrando que a los 10 o 15 minutos el sr. L. respiraba en forma

suspirosa, momento en que la hija lo tocó y no respondió. Ante ello llamaron nuevamente tres veces a Emercoop S.A., llegó la ambulancia con la Dra. Aré, quien luego de examinarlo ordenó que lo llevaran a la Clínica Nuestra Señora del Carmen S.A., donde

se lo internó en Terapia Intensiva, y al poco tiempo les informaron que había fallecido. Dijeron que luego de ello, Emercoop apartó de su plantel médico a la Dra. Aré y cesó de operar constituyéndose en su lugar otra empresa - Simec S.A. - con el mismo

objeto y por los mismos accionistas, lo cual conducía a pensar que se trataba de una maniobra fraudulenta. Fundaron la

responsabilidad de la Dra. Aré (art. 1109 C.C.) en que el cuadro que presentaba L. - fuerte dolor de pecho, malestar generalizado, sensación de muerte, sumado a los síntomas de los días anteriores - llevaba a que evaluara la posibilidad de encontrarse frente a un

infarto agudo de miocardio o ante un aneurisma disecante de aorta, cuadros ambos que obligaban a obrar con prontitud, debido al riesgo por el súbito desmejoramiento que podían manifestar los enfermos. Describieron en qué consistían dichos cuadros, cuyos

síntomas deben ser detectados por el médico por medio de un habilidoso interrogatorio y una exhaustiva auscultación del paciente. Sin embargo - dijeron - la Dra. Aré se conformó con una simple observación del paciente, la toma de la presión y la práctica del

electrocardiograma, estudios cuyo resultado se desconocían como así también que se hubiesen interpretado correctamente.

Sostuvieron que la médica, ante los síntomas de fuerte dolor en el pecho y demás señalados, debió actuar con más seriedad, permaneciendo en el domicilio hasta que mejorara o derivándolo a un centro de atención médica. Añadieron que la dolencia que

presentara L. era una típica urgencia intensiva, y que si se lo hubiese trasladado prontamente a un centro médico equipado y por ende hubiese recibido la asistencia médica oportuna, no se hubiera visto privado de la chance de ser sometido al tratamiento

aconsejado en estos casos. En cuanto a la responsabilidad de Emercoop S.A. expresaron que le cabía por el hecho del dependiente

(art. 1113 1er. párr. C.C.). Reclamaron indemnización por daño material (privación de asistencia y cooperación económica para la esposa y su hijo menor de edad J. I.), daño psicológico y daño moral. 2.- Los actores ampliaron la demanda contra Sistema Médico Integral Chivilcoy S.A. (SIMEC S.A.), por su condición de continuadora de Emercoop S.A., dado que inmediatamente luego del hecho de autos esta empresa dejó de operar y traspasó todos sus afiliados a aquella, con igual plantel de médicos, las mismas ambulancias (repintadas), los mismos números de teléfono, muebles, empleados, choferes, etc. Asimismo la segunda pasó a integrarse con las mismas personas físicas en su directorio y órganos societarios, de forma tal que conformaron una sola unidad económica, pero mientras la primera se insolventó y dejó de operar, la segunda siguió haciéndolo en las condiciones indicadas, percibiendo las ganancias. Dijeron que por medio de Simec S.A. se intentó fraudulentamente soslayar las obligaciones contraídas, y que debía aplicarse la teoría de la penetración de las personas jurídicas. 3.- La Dra. Graciela Aré contestó la demanda pidiendo su rechazo. Negó la versión de los hechos del escrito de inicio. Reconoció que se desempeñaba como médica de Emercoop S.A. y que el 20/07/00 se recibió un pedido de concurrencia, lo que se hizo en forma inmediata, siendo la primera vez que la Dra. Aré asistió a L. Continuó diciendo que llegaron a las 19.40 hs. y, conforme se consignó en la historia clínica prehospitalaria, el motivo de la consulta fue "Ansiedad. Dolor torácico". Dijo que L. estaba acostado, extremadamente nervioso, con un malestar inespecífico pero con tensión y angustia, y que no refirió sentir dolor precordial. Ante ese cuadro le suministró un medicamento para tranquilizarlo, trapax sublingual, luego de lo cual le formuló un extenso interrogatorio (anamnesis) acerca de sus signos, síntomas, antecedentes médicos y familiares, como un complejo examen semiológico para detectar síntomas que permitieran definir un diagnóstico y en su caso decidir el tratamiento necesario. Expresó que en la historia clínica prehospitalaria se consignó que era normal el aparato cardiovascular, que el ritmo respiratorio también lo era, que la piel y mucosa se hallaban normales y que no había edemas; no se constató anormalidad en el abdomen salvo que el paciente manifestó tener "eructos". Dijo que el paciente manifestó estar muy nervioso (por razones familiares) y que tenía indicado tranquilizantes que no ingería. Continuó expresando que la presión arterial era "140/180", o sea, absolutamente normal, y la frecuencia cardíaca también (80 pulsaciones por minuto), el electrocardiograma arrojó que no estaba en curso ningún proceso que exigiera una conducta de emergencia (cardiopatía, isquemia, arritmia, o infarto de miocardio). De allí que se consignó: "ritmo sinusal, no se observa patología aguda". Habiendo transcurrido varios minutos - continuó - el Trapax hizo efecto y, como L. manifestó sentirse mejor, dio por concluida la visita, momento en el que no presentaba dolor de pecho, ni se hallaba sudoroso, ni disneico, y la tensión arterial y la frecuencia cardíaca eran normales, firmando la sra. Marcucci y el paramédico la historia clínica prehospitalaria. Pasados cuarenta minutos - narró - el servicio de emergencias fue convocado nuevamente desde la casa de L., expresándose que había perdido el conocimiento. Siendo las 20.26 hs. el mismo equipo se hizo presente y la Dra. Aré comprobó que L. se hallaba en paro cardiorespiratorio y no respiraba - por lo que se consignó en la historia clínica prehospitalaria "óbito" -, se le hicieron las maniobras de rehabilitación y se lo trasladó a la Clínica del Carmen. Sostuvo que era improcedente el método retrospectivo para evaluar el proceder médico - o sea partir de la muerte del paciente -, sino que había que situarse en el momento de la primera intervención del profesional. Agregó que no había habido autopsia que determinara la verdadera causa de la muerte, por lo que no podía sostenerse que tuviera relación causal con el obrar médico. Argumentó que el fallecimiento de L. podía deberse a "muerte súbita", que es la que se produce sin la presencia de una enfermedad en las 24 hs. previas. Respecto del infarto agudo de miocardio y del aneurisma disecante de aorta, dijo que ofrecían determinados síntomas, que no se habían dado en el caso. Luego de decir que la carga de la prueba de la relación causal de su actuación con el fallecimiento pesaba sobre la actora, sostuvo que no era indemnizable la pérdida de chance de curación o de tratamiento. Discutió la procedencia de los rubros indemnizatorios reclamados. 4.- La actora amplió la demanda contra todos los directores de las sociedades demandadas. 5.- J. I. L., habiendo llegado a la mayoría de edad, se presentó a continuar la acción por derecho propio. 6.- Contestó demanda Carlos Alberto Levalle, oponiendo excepción de falta de legitimación pasiva, sobre la base de que no podía atribuirse responsabilidad por el hecho ilícito motivo de la demanda. Dijo que era director suplente de Simec S.A. y por consiguiente que nunca había integrado el órgano de administración de la misma, y que aún cuando lo hubiese sido no podía ello implicar responsabilidad alguna por lo actuado por la sociedad. Subsidiariamente contestó la demanda pidiendo su rechazo. 7.- Roberto A. Gregalio contestó la demanda, oponiendo como defensa de fondo su falta de legitimación pasiva. Adhirió a la contestación de Simec S.A. 8.- Emercoop S.A. contestó la demanda, negando todos los hechos en ella expuestos, dio su versión de lo acontecido y sostuvo que no había mediado culpa de la médica actuante. Discutió al procedencia de los rubros indemnizatorios. 9.- Héctor Santilli contestó adhiriendo a la contestación de Simec S.A. 10.- Marcelo Pérez Leranoz contestó oponiendo falta de legitimación pasiva sustancial. Dijo que como director suplente de Simec S.A. no había integrado el órgano de administración, y aún cuando lo hubiese sido tampoco podía ser considerado responsable. En subsidio contestó la demanda, pidiendo su rechazo. 11.- Se declaró la rebeldía de Roberto Anibal Garófalo. 12.- Se le dio por perdido del derecho a contestar la demanda a Simec S.A. al haberlo hecho en forma extemporánea. 13.- La actora contestó las excepciones de falta de legitimación sustancial

opuestas por Carlos A. Levalle y Marcelo Pedro Leranoz, pidiendo su rechazo. 14.- Contestó la demanda Julio Herscovih, oponiendo excepción de falta de legitimación pasiva. Pidió el rechazo de la acción, adhiriendo a lo sostenido por la demandada Aré.

15.- En iguales términos contestó José A. Herscovich. 16.- Pedro Fabián Michelis contestó la demanda, oponiendo en primer lugar excepción de prescripción de la acción, sobre la base de que habían transcurrido más de dos años desde el hecho hasta que se ampliara la demanda contra su persona. Dedujo también falta de legitimación pasiva y pidió el rechazo de la acción. 17.- La actora contestó la prescripción opuesta, pidiendo su rechazo con el argumento de que en el escrito de inicio se individualizó a los demandados en forma indeterminada -¿a quien en definitiva resulte civilmente responsable del hecho? -, y a que en el capítulo fáctico había denunciado que el cambio de persona jurídica bajo los mismos accionistas y objeto societario inducía a pensar que se trataba de una maniobra fraudulenta para desligarse de la responsabilidad que le cabía a Emercoop S.A. Añadió que luego ampliaron la demanda contra las sociedades, sus directores y socios, para finalmente denunciar a estos últimos. 18.- Contestó también la actora las excepciones de falta de legitimación pasiva opuestas, diciendo que los excepcionantes habían utilizado la figura societaria para eludir su responsabilidad en el hecho de autos y que era aplicable la teoría de la penetración o ¿disregard?. 19.- El Juzgado difirió el tratamiento de las excepciones para la sentencia definitiva. III.- Efectuada la reseña de los antecedentes, de acuerdo al orden de las cuestiones sometidas al acuerdo, comenzaré por el tratamiento de la prescripción opuesta por el demandado Pedro Fabián Michelis, que la sentencia rechaza, con costas. Para así decidir, la jueza considera que la mención del demandado genérico en la demanda fue suficiente para interrumpir la prescripción, la que, además, es de interpretación restrictiva. Por otro lado, acoge la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por este codemandado. En sus agravios, Michelis sostiene que la sentencia es autocontradictoria dado que si dice que no es civilmente responsable mal puede habérselo encuadrado como ¿demandado genérico?, toda vez que el art. 3987 del C.C. establece que la interrupción de la prescripción se tiene por no sucedida, entre otras razones, ¿si el demandado es absuelto definitivamente?. Subsidiariamente, solicita ser eximido de costas por aplicación del art. 68 2da. parte del C.P.C.. Entiendo que le asiste razón al apelante. El hecho que motiva los presentes autos ocurrió el 20/07/00. La imputación de responsabilidad del sr. Michelis - lo mismo que respecto de otros demandados - aparentemente fue por haber sido partícipe de la maniobra fraudulenta consistente en que la empresa Emercoop S.A. fuera absorbida por Simec S.A. a fin de que aquella, inoperante y sin patrimonio, no pudiera responder. Es decir, la atribución de responsabilidad se fundó en un hecho ilícito, y por ende el plazo de prescripción es el bianual del art. 4037 del C.C. (cuestión no controvertida). Ahora bien, en el escrito inicial nada se dijo de esa supuesta maniobra ilícita por la cual los directores de dos empresas de atención médica serían responsables por el accionar de una profesional que trabajaba para una ellas. La imputación contra Emercoop S.A. se fundó en el art. 1113 1er. párr. del C.C. (responsabilidad por el hecho del dependiente) (fs. 36). Apenas se dijo en el apartado ¿Consecuencia del hecho luctuoso? (fs. 34) que Emercoop S.A. había sido sustituida por Simec S.A. bajo los mismos accionistas e igual objeto societario, lo que inducía a pensar que se trataba de una maniobra fraudulenta tendiente a desligarse de la responsabilidad por el hecho ilícito. Pero de esta breve frase no puede desprenderse que se tuviera en ese momento la intención de demandar a todos los directores de ambas sociedades con fundamento en el art. 54 últ. párrafo de la ley 19.550 (texto actual.). Es un requisito de la demanda que el demandado esté individualizado (art. 330 inc. 2 C.P.C.; López Herrera, ¿Tratado de la Prescripción Liberatoria?, Ed. Abeledo Perrot, 2009, pág. 235; Caseaux y Trigo Represas, ¿Derecho de las Obligaciones?, T.III, Ed. La Ley, 2010, pág. 570/571; CC0202 LP 93818 RSD-261-00 S 3-10-2000; conf. esta Sala, causa n° 113.642, ¿Chuit c. Materfil?, del 09/08/12). Ello guarda correspondencia con el efecto interruptivo de la prescripción que la demanda produce contra el poseedor o deudor conforme al art. 3986 del C.C. Es que las acciones se extinguen por el transcurso del tiempo en el plazo que la ley determina y sólo cuando el acreedor demuestra su intención de mantener vivo su crédito el curso del mismo se interrumpe. En rigor lo de ¿el demandado genérico? no tiene sustento jurídico. Ni la ley procesal ni la ley de fondo lo prevé. Si se admitiera, el instituto de la prescripción de la acción perdería razón de ser, dado que bastaría que una persona presentara una demanda diciendo ¿contra quien resulte civilmente responsable? para que la prescripción de la acción respectiva quedara interrumpida ¿urbi et orbi? por tiempo indefinido (a menos que caducara la instancia, cosa que en nuestra provincia, por imperio de los arts. 315 y 316 del C.P.C., es muy difícil que se produzca). Se admite sí que se demande al titular registral o propietario de un automóvil sin individualizar (dato que a veces todavía no se tiene, pero que se subsana rápidamente con un informe del Registro Automotor), dado que normalmente se dice expresamente que la acción se funda en el art. 1113 2do. párr. del C.C. (concordante con el art. 27 de la ley 14.467). También se acepta que se demande por desalojo al locatario, ¿subinquilinos u ocupantes? sin individualizar, dado que se funda la acción en el art. 676 del C.P.C. que expresamente prevé que puede dirigirse contra el ¿sublocatario, tenedor precario o cualquier otro ocupante?, y estos necesariamente sólo pueden identificarse mediante una diligencia llevada a cabo por el oficial de justicia luego de promovida la demanda. Pero en un juicio de mala praxis médica, fundado en la culpa del profesional y en la responsabilidad refleja de la empresa para la cual trabajaba, no existe razón alguna para inferir que se tiene la intención de promover la demanda contra los directores de esa entidad con fundamento en el

art. 54 de la L.S. Es que el principio general es que las personas jurídicas tienen una personalidad diferenciada de las personas físicas que las componen y la responsabilidad de aquellas no se extiende a la de los socios (art. 30, 31, 42, 43 y cctes. C.C.; arts. 1, 2, 39 y cctes. L.S.). Es cierto que el art. 54 de esta ley prevé la responsabilidad de los socios cuando han realizado actos en nombre de la sociedad con el fin de violar la ley, el orden público, la buena fe o frustrar derechos de terceros, pero esto es una excepción (las maniobras dolosas no se presumen), y por lo tanto no tiene por qué presumirse que existe la intención de demandar con tal fundamento, si no se dice expresamente. Tampoco es posible presumir que se demanda con fundamento en el art. 274 de la L.S. (lo que ni siquiera fue invocado) El principio de interpretación restrictiva de la prescripción no llega a tal extremo. Reitero que no existe el "demandado genérico" en nuestro régimen jurídico. En conclusión, no surgiendo del escrito inicial que los actores tuvieran la intención en ese momento de demandar a los directores de las sociedades Emercoop S.A. y Simec S.A. por el hecho ilícito de autos, con fundamento en los arts. 54 o 274 de la L.S., la excepción de prescripción debe ser admitida, toda vez que, cuando se pidió que se corriera traslado de la demanda contra Pedro Fabián Michelis en el escrito de fs. 246 habían transcurrido más de cinco años del hecho de autos; o sea en exceso el plazo previsto por el art. 4037 del C.C. IV.- Si mi voto es compartido, las costas de la excepción deberán ser a cargo de la actora vencida en ambas instancias, dado que no existen razones para apartarse del principio de la derrota (arts. 69 y 274 C.P.C.). VOTO POR LA NEGATIVA. El señor juez Dr. Roberto A. Bagattin, por iguales fundamentos y consideraciones a los expuestos por el señor juez preopinante, emite su voto en el mismo sentido. A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA, el señor juez Dr. Emilio A. Ibarlucía dijo: I.- Los demandados Carlos Alberto Levalle, Marcelo Pedro Leranoz, Julio A. Herscovich, José A. Herscovich y Pedro Fabián Michellis opusieron excepción de falta de legitimación pasiva con similares fundamentos, aunque con algunos matices. Todos alegaron que no surgía de la demanda qué conducta u omisión se les atribuía por la cual se pretendía su responsabilidad por el hecho de autos, y que la regla general era que los miembros o accionistas de una sociedad anónima no respondían por los actos de esta. Levalle y Pérez Leranoz dijeron que habían sido sólo directores suplentes de Simec S.A. y que nunca habían integrado como titulares el directorio. Julio y José Herscovich y Pedro Fabián Michelis alegaron que sólo habían sido accionistas de Emercoop S.A.. En todos los casos negaron que fuera de aplicación el art. 54 de L.S. En las respectivas contestaciones, la actora dijo que los excepcionantes habían sido socios de Emercoop S.A. y que Simec S.A. se había constituido para resguardar sus patrimonios personales, y que debía aplicarse la norma indicada. En la sentencia, la jueza hizo lugar a las excepciones sobre la base de que no se había alegado en la demanda relación contractual o extracontractual entre los excepcionantes y los actores de donde surgiera su deber de prestar asistencia a L. y de indemnizar por incumplimiento, y que no era de aplicación el art. 54 de la L.S. dado que no se había pretendido que se hubiera abusado del esquema societario para alcanzar fines contrarios a la sociedad o a los de la ley, ni demás supuestos contemplados en la norma. En sus agravios la actora expresa que los excepcionantes no desconocieron su condición de socios, accionistas o directores (titulares o suplentes) de "la sociedades cuya penetración se pretendiera" y que no negaron sus vínculos con ambas sociedades. Dicen que es aplicable la teoría de la penetración o "disregard" II.- Como bien dice la sentencia, la excepción de falta de legitimación para obrar procede cuando el actor o el demandado no son titulares de la relación jurídica sustancial que motiva el proceso (Palacio, Lino E., "Manual de Derecho Procesal Civil", T. I, A. Perrot, 1977, p. 77). En el caso, la acción es por responsabilidad civil por el daño causado por mala praxis (art. 1109 C.C.) contra la médica actuante y contra la persona jurídica de la cual dependía por responsabilidad refleja (art. 1113 Ira. parte C.C.). No se advierte por qué los demandados excepcionantes serían parte en esa relación jurídica. Es decir, no se ve (ni se ha denunciado) que hayan sido partícipes del hecho de mala praxis médica ni tampoco que la profesional demandada tuviera alguna relación de dependencia con ellos al tiempo de ocurrencia del hecho motivante de las actuaciones. Con muy poca claridad se les ha imputado ser partícipes de una supuesta maniobra fraudulenta consistente en que Emercoop S.A. (con sus afiliados e infraestructura) fuera absorbida por otra sociedad - Simec S.A. - con posterioridad al hecho de autos, con la finalidad de que aquella, carente de ingresos y de bienes, no pudiera responder civilmente por el hecho de autos. O sea, se trata de un hecho o hechos diferenciados de la acción motivante de este juicio, que, en todo caso, daría lugar a otra acción de responsabilidad por otro daño, que no se ha promovido. Es de toda lógica que el hecho de mala praxis médica denunciado no puede nunca ser considerado "la actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios ... o para frustrar derechos de terceros", como reza el art. 54 de la L.S. Antes bien, si hubo una actuación de la sociedad con esa finalidad fueron hechos posteriores, precisamente para no responder por aquel hecho. Confundir ambos hechos y subsumirlos en el primero (la mala praxis médica) altera las reglas del debido proceso, dado que cada uno tiene que ser objeto de una demanda separada - que cumpla con los requisitos del art. 330 del C.P.C. -, aunque sean acumulables, de forma tal que se permita el derecho de defensa de los respectivos demandados. Va de suyo que cuando el art. 54 de la L.S. dice "se imputará directamente a los socios o a los controlantes" se refiere a "la actuación de la sociedad" con la finalidad de frustrar derechos de terceros, que, en el caso, sería la actuación posterior al hecho de autos. Enmarcada así la cuestión, no es menester introducirse en la teoría de la

penetración, ¿disregard? o corrimiento del velo societario, que sustenta al art. 54 de la L.S. simplemente porque no se ha promovido una acción de responsabilidad por daños - necesariamente autónoma - por la actuación de la sociedad (imputable a los socios) con la finalidad mencionada. Concluyo, entonces, que los demandados excepcionantes no son sujetos pasivos de la acción de responsabilidad por mala praxis médica promovida, y por ende debe confirmarse la admisión de las excepciones de falta de legitimación pasiva deducidas, con costas en ambas instancias a la actora (art. 345 inc. 3º y 69 C.P.C.). VOTO POR LA AFIRMATIVA. El señor juez Dr. Roberto A. Bagattin, por iguales fundamentos y consideraciones a los expuestos por el señor juez preopinante, emite su voto en el mismo sentido. A LA TERCERA CUESTION PLANTEADA, el señor Juez Dr. Emilio A. Ibarlucía dijo: I.- La sentencia hace lugar a la demanda y condena a la Dra. Graciela María Aré, a Emercoop S.A. y a Simec S.A. a indemnizar los daños sufridos por los actores, con costas. Para así decidir, la jueza parte de que el perito médico cardiólogo designado en autos dijo que el dolor precordial que sufría L. (de lo que se dejó constancia en la historia clínica de la primera visita, fs. 820) podía obedecer a múltiples patologías que planteaban un diagnóstico diferencial, enumerando varias causas, entre las que figuraba el infarto agudo de miocardio, y señaló que un fuerte y prolongado dolor de pecho aún sin cambios en el electrocardiograma, llevaba a cotejar con los criterios clínicos y enzimológicos, y si persistían las dudas, podía ser llevado a una unidad de precordialgia (centro de alta complejidad). Esto - añade la magistrada - la lleva a discrepar con el perito en lo manifestado en los puntos a), g) y k) de su informe acerca de que la conducta adoptada por la Dra. Aré tratando de tranquilizar a L. fue la apropiada y que la profesional había actuado diligentemente, ¿sobre todo porque el perito no se presentó a responder los interrogantes vertidos a fs. 598/600 y fs. 892/897, con lo que podría haber colaborado con la suscripta?. Agrega la sentenciante que, pese a no estar demás tratar de tranquilizar al paciente, el diagnóstico realizado por la Dra. Aré, centrando su foco de atención en la ansiedad y descartando el prolongado dolor precordial, no fue el adecuado, ¿dado el resultado de que se plasma en la segunda HP... y en el certificado de defunción, más allá de que aún de haberlo derivado en la primera visita, no aseguraba que el paciente habría salvado la vida, pero habría evitado una chance de evitar el resultado disvalioso?. Continúa diciendo que ello es relevante para la demostración de la causalidad y hace presumir la culpa médica, pues lo significativo no es el cumplimiento de determinadas reglas del arte médico, sino si ellas pudieron o no tener gravitación en las afecciones. Siendo el factor de atribución la culpa - dice -, esta debe apreciarse en forma dinámica, conforme lo establecido por el art. 512 del C.C., o sea según el parámetro del buen profesional de la especialidad o del médico sumamente prudente, de acuerdo a las pautas de los artículos 902 y 909 del mismo código. Agrega que, teniendo en cuenta el criterio de la normalidad o de la previsibilidad en abstracto puede concluirse que la Dra. Aré, habida cuenta de los antecedentes y factores predisponentes de L., no tendió a realizar un diagnóstico estricto ni a proporcionar los medios para la curación del paciente. Completa su apreciación diciendo que, a todo evento, recae sobre el médico el peso de la prueba desde la teoría de la cargas probatorias dinámicas habida cuenta de la superioridad técnica del médico sobre el paciente, de lo cual puede deducirse la culpa de la médica cuando, de acuerdo ¿a las circunstancias y al sentido común? se concluye que el diagnóstico que realizó no fue certero, hecho que da por probado. II.- 1.- En sus agravios, el apoderado de la Dra. Aré comienza por decir que según la historia clínica de fs. 76, el motivo del llamado al servicio de emergencia médica fue ¿ansiedad y dolor torácico? pero este (o dolor precordial) no consta en la misma que haya sido corroborado en el examen físico efectuado al paciente, sino que sólo se verificaron eructos (conf., además, informe pericial). Critica que la sentencia se sustente en una supuesta facultad del juez de apartarse de la prueba pericial médica por la no contestación por el perito médico del traslado que se le diera de la impugnación del informe hecha por la actora, dado que el juez no tiene conocimientos técnicos para ello. Sostiene que, aún cuando se diera por cierto el dolor precordial como síntoma al momento de la primera visita, la sentencia no tiene en cuenta que la Dra. Aré hizo otras comprobaciones que la llevaron al diagnóstico de ansiedad luego de descartar otras patologías, conforme surge del informe médico. A saber, tensión arterial y frecuencia cardíaca dieron normales, falta de alteraciones del estado hemodinámico y autonómico, electrocardiograma normal e inexistencia de signos o síntomas premonitorios de muerte súbita, ritmo cardíaco sinusal, inexistencia de descompensación. Por el contrario - agrega -, la valoración completa de lo actuado por la médica llevó al perito a concluir que había actuado diligentemente. Argumenta que es improcedente el método retrospectivo para analizar el proceder de la Dra. Aré, ya que la jueza extrae de la segunda historia clínica y del certificado de defunción lo que la misma tendría que haber hecho. Dice que el simple error de diagnóstico es insuficiente para responsabilizar al médico y que no debe confundirse la pérdida de chance de curación con la causalidad adecuada. Afirma que de ninguna constancia surge que si L. hubiese sido derivado a un establecimiento sanatorial habría salvado su vida. La causalidad eventual - expresa - no es aceptable como sustentadora de responsabilidad civil. 2.- El representante de Emercoop S.A. se agravia argumentando en primer lugar que el apartamiento de la magistrada de las conclusiones del informe médico pericial carece de sustento. Critica que la jueza afirme que el diagnóstico no fue el adecuado dado el resultado posterior consignado en la segunda historia clínica. Sostiene que no es correcto la afirmación de la sentencia en cuanto a que si persistían las dudas debió la médica llevar al paciente a un centro médico dado que en ese momento no

había dudas. Por el contrario, el perito dictaminó que, frente al cuadro que presentaba, la conducta adoptada fue la correcta. Sostiene que la sentencia pasa por alto que la obligación del médico es de medios y no de resultado. III.- Sobre la base de lo consignado en la historia clínica de la primera visita médica al domicilio del sr. L., el perito médico de autos dictaminó que tanto los signos vitales que presentaba como el electrocardiograma que se le efectuó fueron normales, que no surgieron elementos que indicaran la necesidad de su traslado a una unidad de cuidados intensivos, y que, por consiguiente, la Dra. Aré actuó correctamente, toda vez que, encontrándolo en estado de ansiedad, la receta de un Trapax sublingual fue adecuada (fs. 526 y vta.). Asimismo, dijo el experto que, no habiéndose practicado una autopsia, era imposible saber las causas del fallecimiento de L. La parte actora recusó al perito e impugnó el peritaje (fs. 892/98). La jueza rechazó lo primero por extemporáneo y corrió traslado de lo segundo al experto (fs. 899), el que, notificado (fs. 969), no contestó. Pese a ello, la actora, en lugar de insistir en que contestara o de pedir que se designara un nuevo perito, pidió la certificación de la prueba (fs. 970) y luego de activar su clausura, solicitó que se llamaran los autos para sentencia (fs. 1006), lo que así se decretó. Esta falta de contestación del perito o de realización de un nuevo peritaje no implica, de por sí, la descalificación total del informe ni puede ello pesar sobre la parte demandada. Esta, aparentemente, había quedado conforme con el dictamen pericial y ningún motivo tenía para solicitar una ampliación u otro informe. La carga de activar la contestación de la impugnación (recurso a este término porque en rigor no formuló un pedido de explicaciones como prevé el código) pesaba sobre quien la había formulado. Es de señalar que, si bien el art. 473 3er. párr. del C.P.C. prevé que es el juez quien, si lo estima necesario, puede ordenar que se practique una nueva pericia, nada impide a la parte que no ha consentido la realizada solicitarlo, precisamente fundándose en que su impugnación (o, en su caso, pedido de explicaciones) no fue satisfecho. Es que sobre la actora pesa la carga de la prueba de los presupuestos fácticos de su pretensión (art. 375 C.P.C.). La teoría de las cargas probatorias dinámicas (Ac. 82684 S 31-3-2004; Ac. 94212 S 26-9-2007; C 98767 S 21/05/08; C 101543 S 24-6-2009; C 102034 S 16-9-2009; C 92810 S 27-4-2011; C 97796 S 31-8-2011; C 100061 S 30-11-2011; C 106789 S 26/12/13, C 111814 S 27-6-2011 conf. esta Sala, causa n° 113.988 del 02/07/13), no puede llevar al extremo de pretender que la demandada le produzca la prueba a la actora, dado que viola el principio elemental del derecho de defensa en juicio (art. 18 C.N.). En los casos de responsabilidad médica, los profesionales y entidades de atención de la salud tienen el deber de prestar toda la colaboración necesaria, aportando las historias clínicas y documentación que se halle en su poder, para que se arribe a la verdad de lo acontecido, pero, obviamente, ello no implica que tengan que impugnar informes periciales o de pedir nuevos cuando el efectuado satisface su versión de los hechos. En el caso, las demandadas acompañaron la documentación que se hallaba en su poder y ofrecieron puntos periciales. Las copias de las historias clínicas y del electrocardiograma acompañadas con la contestación de la demanda por la Dra. Aré (fs. 76/80) no fueron objeto de observación alguna por la actora, como tampoco lo fueron los originales acompañados por Emercoop S.A. (ver fs. 181 vta. y fs. 813/22). Reiteradamente ha dicho esta Sala (causas nros. 112.820 del 29/6/2010; 113.988 del 11/9/2012 y 115.368 del 16/07/15), que en pocos juicios como en los de responsabilidad médica se advierte con tanta evidencia el carácter esencial de la prueba pericial médica, dado que los jueces carecemos totalmente de conocimientos acerca de la ciencia del arte de curar, y de ahí que el asesoramiento que brindan los peritos médicos - junto con las observaciones y pedidos de explicaciones de las partes - tiene una relevancia fundamental. Siendo ello así, no puede pretender la actora que por la sola impugnación al dictamen pericial su versión sobre lo acontecido ha quedado probada. Ciertamente es que la fuerza probatoria del dictamen pericial es estimada por el juez de acuerdo a las pautas del art. 474 del C.P.C., y por ende puede apartarse de sus conclusiones, pero para ello tiene que dar firmes razones, sobre todo porque carece de conocimientos técnicos. Si bien la falta de contestación del pedido de explicaciones de una de las partes puede ser motivo para llevar al juez a esa pérdida de convicción respecto del dictamen, para arribar a una conclusión opuesta debe recurrir a su facultad de ordenar un nuevo informe por otro perito o basarse en el resto de la prueba producida de forma que no queden dudas. En el caso, la jueza se ha apartado del dictamen pericial, fundamentalmente, sobre la base de presumir, a partir del desenlace final (la muerte de L. emanada de la segunda historia clínica y del certificado de defunción), que el diagnóstico realizado en la primera fue equivocado. Si bien no se me escapa que la inmediatez entre la primera visita y el fallecimiento de L. (20 minutos si se coteja la h.c. de fs. 820 con el certificado de defunción de fs. 6) conduce a dicha presunción, considero que no es suficiente. Es que para ello sería menester contar con un informe pericial que dijera en concreto sobre la base de qué signos o síntomas detectados debió la médica inferir que el paciente estaba padeciendo un infarto de miocardio o una aneurisma disecante de aorta (las dos alternativas sugeridas en la demanda). El dictamen pericial de autos no da cuenta de ello. Por el contrario, dice el experto que tanto los signos vitales como el electrocardiograma eran normales y que no surgen elementos que indicaran la necesidad de traslado a la unidad de cuidados intensivos (fs. 526). Pero lo que, a mi juicio, termina de definir la cuestión es que en ninguna parte de la demanda se dijo cuál era el tratamiento que debió hacerse a L. en el caso de que en la primera visita se hubiese hecho un diagnóstico correcto. Se hizo un relato pormenorizado de las circunstancias previas al llamado del servicio de emergencia y a lo actuado por la médica en el domicilio pero, pese a conjeturar sobre la posible patología por la que atravesaba L. (no diagnosticada),

no se dijo cuál era el tratamiento que se le debió brindar en forma urgente, y que, en el caso de haberse hecho hubiera salvado su vida. Tampoco se requirió al perito médico que informara sobre el particular. El error de diagnóstico nunca es en sí mismo la causa de la no curación o de la muerte de un paciente. Se habla de mala praxis por error de diagnóstico pero en realidad debería hablarse de mala praxis por falta del tratamiento médico adecuado ocasionada por un error de diagnóstico. Por ello, como dijo esta Sala en la causa n° 112.890, "Carballo c. Ramos Iglesias", del 29/06/10) la pregunta acerca de qué es lo que el médico interviniente debió hacer y no hizo es la cuestión crucial para discernir en qué consistió la culpa médica, o sea, la omisión de aquellas diligencias que exigían la naturaleza de la obligación (art. 512 y 1109 C.C.). No nos olvidemos que la obligación de los médicos es de medios y no de resultado, como pacíficamente sostiene la doctrina y la jurisprudencia. Puede inferirse del escrito de ampliación de demanda ofreciendo pruebas, que la actora entendió que, de haberse derivado a L. a una unidad de cuidados intensivos "con más precocidad" (o sea, en forma inmediata) se le habría salvado la vida (puntos periciales i) y j) de fs. 53). A ello contestó el experto que no podía responder sobre una evolución basada en supuestos y sin un diagnóstico de certeza (fs. 526vta.). Luego, la actora impugnó la pericia pero no pidió explicaciones al respecto (fs. 895vta./97). En definitiva, no se alegó ni se probó qué tratamiento urgente o inmediato (que debía haberse comenzado en la misma ambulancia; no nos olvidemos que apenas 20 minutos después falleció) debió brindársele a L., de modo tal que salvara su vida (arts. 375 y 384 C.P.C.). No podemos perder de vista que la demanda es por la pérdida de chance de curación (fs. 35vta.), lo que, en doctrina y jurisprudencia, como alega la demandada, está muy discutido que sea indemnizable. Dicen al respecto Trigo Represas y López Mesa que "salvo casos excepcionales donde aparezca con toda certidumbre acreditado el más que probable resultado positivo de la práctica médica perdida, no debe indemnizarse la pérdida de oportunidad de curación, puesto que en nuestra opinión tal indemnización implicaría fracturar los principios de la responsabilidad civil, al indemnizar daños eventuales y no relacionados en forma adecuada con el daño?". Citando a Savatier dicen estos autores que "la referencia a la noción de curación o mejoría no es solamente el paraíso de los jueces indecisos, es el territorio mismo de la incertidumbre, y de la incoherencia de las soluciones" ("Tratado de responsabilidad civil", La Ley, Bs. As., 2004, T. II, p. 415). A mi juicio, aun cuando no se comparta plenamente esta doctrina no cabe duda que tiene que estar probada la relación de causalidad entre el acto omisivo (o sea, el tratamiento que no se suministró a causa del error de diagnóstico) y la pérdida de chance concreta de curación a fin de superar el nivel conjetural (arts. 901 a 906 C.C.; esta Sala, causa n° 115.368, "Etchecopar", citada), pero mal puede darse ello por acreditado si no se sabe qué es lo que debió hacerse y no se hizo. Por lo expuesto, propongo revocar la sentencia apelada en cuanto hace lugar a la demanda contra la Dra. Graciela Aré, Emercoop S.A. y Simec S.A. Respecto de esta última, descartada la mala praxis médica, sus agravios en cuanto a su falta de legitimación pasiva se tornan abstractos. IV.- En cuanto a las costas, teniendo en cuenta que existe jurisprudencia y doctrina contradictorias acerca de la relación de causalidad entre el error de diagnóstico y la pérdida de chance de curación, así como sobre la indemnizabilidad de esto último, propongo que sean impuestas por su orden. En cuanto a Simec S.A. tengo en cuenta, además, que no contestó al demanda y fue declarada rebelde (arts. 68 2do. párr. y 274 C.P.C.). VOTO POR LA NEGATIVA. El señor juez Dr. Roberto A. Bagattin, por iguales fundamentos y consideraciones a los expuestos por el señor juez preopinante, emite su voto en el mismo sentido. A LA CUARTA CUESTION PLANTEADA, el señor Juez Dr. Emilio A. Ibarlucía dijo: De acuerdo a la forma en que ha quedado votadas las cuestiones anteriores, el pronunciamiento que corresponde dictar es: 1°.- Revocar el rechazo de la excepción de prescripción deducida por el demandado Pedro Fabián Michelis, y hacer lugar a la misma, con costas a la actora en ambas instancias. 2°.- Confirmar las excepciones de falta de legitimación pasiva opuestas por los demandados Carlos Alberto Levalle, Marcelo Pedro Leranoz, Julio A. Herscovich, José A. Herscovich y Pedro Fabián Michellis, con costas a la actora en ambas instancias. 3°.- Revocar la admisión de la demanda, y rechazar la misma, con costas por su orden. ASI LO VOTO. El señor juez Dr. Roberto A. Bagattin, por iguales fundamentos y consideraciones a los expuestos por el señor juez preopinante, emite su voto en el mismo sentido. Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dictándose la siguiente: SENTENCIA Y VISTOS: CONSIDERANDO: Que en el Acuerdo que precede y en virtud de las citas legales, jurisprudenciales y doctrinales, ha quedado resuelto que la sentencia apelada debe ser modificada. POR ELLO y demás fundamentos consignados en el acuerdo que precede, SE RESUELVE: 1°.- REVOCAR el rechazo de la excepción de prescripción deducida por el demandado Pedro Fabián Michelis, y hacer lugar a la misma, con costas a la actora en ambas instancias. 2°.- CONFIRMAR las excepciones de falta de legitimación pasiva opuestas por los demandados Carlos Alberto Levalle, Marcelo Pedro Leranoz, Julio A. Herscovich, José A. Herscovich y Pedro Fabián Michellis, con costas a la actora en ambas instancias. 3°.- REVOCAR la admisión de la demanda, y rechazar la misma, con costas por su orden. NOT. Y DEV. Firmado: Dres. Roberto A. Bagattin Emilio A. Ibarlucía Ante mí, Gabriela A. Rossello, Secretaria. Correlaciones: B., M. I. c/Municipalidad de Merlo y otros s/daños y perjuicios - Cám. Civ. y Com. Morón Sala II -13/08/2013. G., M. G. c/B., R. y otro s/daños y perjuicios - Cám. Civ. y Com. Rosario Sala IV - 29/06/2012. 004147E