

Mala Praxis Medica Responsabilidad Del Establecimiento Asistencial Presupuestos Error De Diagnostico Indemnizacion Rubros

JURISPRUDENCIA

Mala praxis médica. Responsabilidad del establecimiento asistencial.

Presupuestos. Error de diagnóstico. Indemnización. Rubros Se confirma la sentencia responsabilizándose a la clínica demandada por la mala praxis en que incurrió uno de sus prestadores por un error de diagnóstico, elevándose la indemnización por el rubro daño futuro.

Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 17 días del mes de febrero de dos mil dieciséis, reunidos en Acuerdo los señores jueces de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala 7ª, para conocer en los recursos interpuestos en los autos caratulados "P., G. M. C. SWISS MEDICAL S.A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" respecto de la sentencia corriente a fs. 273/288 el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver: La sentencia apelada ¿es arreglada a derecho? Practicado el sorteo, resultó que la votación debía efectuarse en el siguiente orden: señores jueces de Cámara Dres. Racimo, Dupuis y Calatayud: A la cuestión planteada, el Dr. Racimo dijo: I.- El juez de primera instancia hizo lugar en la sentencia de fs. 273/288 a la demanda por indemnización de daños y perjuicios promovida por G. M. P. a raíz del error incurrido en el diagnóstico de una torsión testicular por el médico Dr. S. V. R. condenando por este motivo a la entidad prestadora de servicios médicos Swiss Medical Sociedad Anónima a abonar las sumas por los rubros correspondientes a incapacidad física sobreviniente (\$ 36.000), daño psicológico (\$ 70.000), gastos por tratamiento futuro (\$ 43.200) y daño moral y estético (\$ 70.000) extendiendo la obligación de satisfacer ese resarcimiento a la citada en garantía SMG Compañía Argentina de Seguros Sociedad Anónima en los términos del art. 118 de la ley 17.418. Contra dicho pronunciamiento interpusieron recurso de apelación la demandada y la aseguradora a fs. 291 que fundaron con la expresión de agravios de fs. 320/334 que fue respondida a fs. 344/346 por la actora quien también recurrió a fs. 289 y presentó su memorial a fs. 302/305 contestado con la pieza de fs. 336/342. De la lectura de los escritos constitutivos de la litis y del pronunciamiento recurrido se encuentra acreditado que el actor fue examinado en su domicilio el 23 de junio de 2008 por el Dr. V. R. quien concurrió en ambulancia mediante el servicio de emergencias médicas de Docthos perteneciente a Swiss Medical Group S.A. El facultativo le diagnosticó en esa fecha "orquiepidimitis aguda" -según se consigna a fs. 276 vta. de la sentencia- indicando tratamiento con antibióticos, analgésicos y reposo por 72 horas. Existe también una historia clínica domiciliaria en la cual se detalló lo siguiente: Motivo de la consulta "Dolor testicular agudo." Hallazgos Positivos del Examen Físico (o datos negativos de importancia): intenso en testículo izquierdo, espontáneo y palpatorio, epidídimo doloroso, irradia a muslo homolateral. Tratamiento con ATB (antibióticos) - analgésicos. Reposo y control con urología a la brevedad. Doy pautas de alarma. Diagnóstico presuntivo: Orquididimitis aguda?. El documento se encuentra suscripto por el mencionado facultativo según se resumió a fs. 274 vta. del fallo apelado en párrafo no cuestionado por la recurrente. Ante la continuación de los dolores, el demandante fue atendido en el Hospital Italiano Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires donde se asentó su ingreso el 25 de junio de 2008 a las 10 hs. y su egreso el día siguiente a las 12.15 hs. Según los registros allí existentes el diagnóstico presuntivo fue de "torsión testículo" (fs. 172) y el diagnóstico principal "escroto agudo". Se realizó "orquidectomía (sic) izquierda sin complicaciones" con buen manejo del dolor otorgándose el alta con control ambulatorio. Según referencia hecha por el paciente "comenzó con dolor testicular hace aprox. 36 hs. con aumento del dolor en las últimas hs. p. vómitos asociados, afebril, concurre en la mañana" (fs. 174, Antecedentes de enfermedad actual), "se constata paciente en beg. [buen estado general], clínicamente estable con intenso dolor testicular. Se observa testículo izq. [izquierdo] elevado, eritematoso, doloroso a la palpación, con ausencia de reflejo cremasteriano" Se realiza lab. [laboratorio]?. Se traslada a quirófano donde se observa infarto testicular izq. [izquierdo], por lo que se realiza orquidectomía (sic) izq. [izquierda] + orquidopexia derecha" buen manejo del dolor" (fs. 176). La demanda resarcitoria se fundó en el error de diagnóstico incurrido en la atención domiciliaria del Dr. V. R. que desembocó en la necrosis del testículo izquierdo, con su consiguiente orquidectomía o extirpación que le causó diversos daños que fueron especificados a fs. 12 vta./14. El juez de primera instancia tuvo por acreditado dicho error después de examinar el peritaje médico producido por la Dra. I. L. C. a fs. 213/219 y 230/231 y consideró que corresponde reparar el daño causado en concepto de frustración de chance al paciente que por un error de diagnóstico injustificado en un examen en su domicilio, materializó la inejecución determinando que no recibiera en tiempo oportuno el tratamiento adecuado a su patología. La empresa de prestaciones médicas cuestiona esta conclusión con sustento en que uno de los diagnósticos posibles y fundados clínicamente, al momento de la consulta con el médico, era el de "orquiepidimitis" y que tal diagnóstico presuntivo era acertado (ver fs. 323 vta.). Sostiene esta posición en que no se encontraba presente en forma íntegra e indubitada la sintomatología plena de la torsión testicular o, como se señala en otra parte de su memorial, la totalidad de la sintomatología propia de la torsión testicular. Agregó que el cuadro

clínico no se comportó como una clásica torsión testicular ya que luego de unas horas de dolor, el mismo cedió durante más de 24 hs. para luego reaparecer y motivar la internación de urgencia. Señala que el cuadro del día 25 de junio de 2008 era -recién en tal momento- mucho más florido y compatible con una torsión testicular en comparación con las manifestaciones del día 23 de ese mes y año y que no se ha tenido en cuenta que la perito no ha contestado con solvencia las impugnaciones realizadas. Asegura que el Dr. V. R. necesariamente tuvo que pensar en torsión testicular al atender al actor, sólo que no tenía elementos en el examen físico para sostener este diagnóstico con lo cual procedió correctamente según la *lex artis* de modo que el diagnóstico presuntivo de orquiepididimitis aguda? (sic a fs. 325 vta.) era perfectamente procedente para un varón de 16 años. Entiendo conveniente realizar algunas precisiones en torno a la responsabilidad que se atribuye a la demandada en relación al error de diagnóstico del personal médico que se encontraba bajo su dependencia. En este sentido se ha decidido que para que quede comprometida la responsabilidad contractual, debe demostrarse: a) que el hecho o la omisión dañosa sean atribuibles al agente a título de culpa, b) la existencia del daño que hubiere sobrevenido como consecuencia de ella c) la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño experimentado, y que basta que alguno de esos requisitos falte para que el imputado quede exento de responsabilidad por las consecuencias de su actividad (conf., para la culpa médica, con conceptos extensibles a todo supuesto de responsabilidad contractual, Sala "D", voto del Dr. Raffo Benegas publ. en E.D. 95-302; esta Sala, votos del Dr. Calatayud en causas 179.618 del 31/5/96, 266.971 del 24/6/99 y 282.733 del 30/5/01; votos del Dr. Mirás en c. 325.876 del 4/9/01 y c. 364.275 del 7/3/2003). Asimismo, si rige la responsabilidad contractual, como no se discute en autos y fluye de la normativa aplicada por el juez, será necesario atenerse a las previsiones del artículo 512 del Código Civil, que contiene las pautas fundamentales para la valoración de la culpa. Pero ello no significa aceptar que la falta de éxito en la prestación del servicio, necesariamente conduzca a la obligación de resarcir al damnificado, pues el médico cumple empleando la razonable diligencia que se debe requerir a quien se le confía la vida de un hombre o su curación. Esa es la diligencia asumida, ya que el médico o el cirujano no pueden asegurar un tratamiento o una operación exitosa, sino únicamente utilizar las técnicas adecuadas para ello, a salvo -claro está- supuestos excepcionales, en que se ha aceptado la responsabilidad frente a un mal resultado (ver, por ejemplo, fallo de esta Sala con voto del Dr. Dupuis, publicado en L.L. del 21-2-86, n°84.609 y en E.D. del 3-4-86, n°39.281), que no es el de autos. Es que, por lo general, el éxito final de un tratamiento o de una operación no dependen enteramente del profesional, sino que a veces se ve influenciado por factores ajenos a él, como son el riesgo quirúrgico, el adelanto de la ciencia, u otras circunstancias imposibles de controlar (conf. doctr. fallo de esta Sala ya citado). Es cierto que el galeno debe actuar con el mayor cuidado y que, como se ha señalado, no es posible olvidar que el compromiso asumido por el médico, de proceder con la diligencia propia de su especialidad y de obrar conforme a las reglas y métodos propios de su profesión, cabe analizarlo, teniendo en cuenta las directivas del artículo 902 del Código Civil y sin pasar por alto que, como lo destacó la Sala "A", con voto del Dr. Vocos, "cuando está en juego la vida de un hombre, la menor imprudencia, el descuido o la negligencia más leve, adquieren una dimensión especial que les confiere una singular gravedad" (conf. L.L. 1977-D-8-92). Es que nuestro derecho no distingue entre culpa grave y culpa leve, tal como lo hace el artículo 2236 del Código Italiano de 1942. La culpa del médico, sea grave o leve, origina responsabilidad, pues sea que rijan los artículos II09 y III2 o el 512, esa distinción está excluida del Código Civil (conf. Rezzónico, "Obligaciones", T II, pg. 1526; Goldschmidt, L.L. 59, pág. 277; Colombo, "Culpa Aquiliana", n° 95, b; etc). En este sentido ha remarcado el Dr. Dupuis en su voto en esta Sala en la c. 598.897 del 12-9-12 -en criterio que he compartido en la c. 598.109 del 16-10-12- que en materia de responsabilidad médica, el principio es que la prueba corre por cuenta de quien imputa culpa al galeno, demostrando la existencia de negligencia manifiesta o errores graves de diagnóstico (Salvat, "Hechos ilícitos", núm. 2988; Bustamante Alsina, "Teoría General de la Responsabilidad Civil", n° 1380; Halperín I., "La responsabilidad civil de los médicos por faltas cometidas en el desempeño de su profesión?", L.L.-I-217; Galli, "Obligaciones de resultado y obligaciones de medios", "Revista jurídica de Buenos Aires" t. 1958-1; Alsina Atienza, "La carga de la prueba en la responsabilidad del médico", J.A. 1958-III-587, n° 19; Belluscio, "Obligaciones de Medio y de Resultado. Responsabilidad de los Sanatorios", L.L. 1979-C-19; sala C, junio 12-1964, L.L. 115-1224; ídem, abril 16-1976, LL, 1976-C-67; sala A, abril 15-1971, L.L. 144-91; esta sala, diciembre 19-1979-C-20; voto del Dr. Dupuis en E.D.126-448; etc). Ello es así, sin perjuicio del deber del médico de aportar los elementos necesarios que hagan a su descargo, como fluye del art. 377 del Código Procesal y lo ha señalado con acierto Morello, al analizar la que se dio en llamar la "carga probatoria dinámica" o el deber de "cooperación" que deben asumir los profesionales cuando son enjuiciados, que hace que quien se encuentre con aptitud y comodidad para prestar su ayuda a esclarecer la verdad, lo haga ("La responsabilidad civil de los profesionales, la defensa de la sociedad y la tutela procesal efectiva en: "Las responsabilidades profesionales", pág. 15, Ed. Platense. La Plata 1992; Compagnucci de Caso R., "La responsabilidad de los médicos" en la obra citada, pág. 398; ídem, revista La Ley del 22 de septiembre de 1995, pág. 10). Delimitado así el criterio a partir del cual se examinará la responsabilidad del personal médico que trabajó para la demandada corresponde atender a continuación a los antecedentes y a las quejas planteadas por la recurrente en el sub lite. La perito médica

Dra. I. L. C. describió que la torsión testicular se produce cuando el cordón espermático que suministra sangre a los testículos gira y se tuerce, generalmente debido a una lesión o afección médica. Esto interrumpe el suministro de sangre al testículo y provoca un dolor y una inflamación repentinos y agudos (ver fs. 214, pto. 1). El diagnóstico precoz es fundamental para estos casos antes de que haya signos de isquemia (ver fs. 214, pto. 3). Los síntomas que presentaba el actor eran dolor testicular izquierdo intenso de aparición brusca y vómitos y el diagnóstico efectivo por el servicio de urgencia fue "epididimitis aguda" indicándose analgésicos, reposo y control con Urología a la brevedad (ver fs. 214, ptos. 4 y 5). En cuanto a la actuación del Dr. V. R. la perito fue concluyente (ver fs. 216, pto. 8) al señalar que sí hubo error de diagnóstico ya que "no se tuvo en cuenta que podría ser la causa más frecuente de "escroto agudo" en un adolescente. En estos casos "es tan urgente el cuadro que dentro de las 6-8 hs. se debe actuar para no llegar a la orquiectomía, por el daño testicular irreversible (necrosis y hemorragia). También se expidió sobre los caminos a tomar en caso de agudo dolor testicular para lo cual señaló que "ante la duda, es recomendable una laparotomía exploradora" (ver fs. 216, pto. 9). Posteriormente indicó que aunque la sintomatología no sea del todo "florida", por la edad del actor se debe siempre considerar la torsión testicular por su pronóstico (ver fs. 218, pto. 5). Aclaró que consta en la historia clínica domiciliar que el Dr. V. R. en su diagnóstico presuntivo asumió que era una "Epididimitis Aguda", pero tratándose de un adolescente hubiera sido prudente -indica la perito- la urgente interconsulta con un cirujano para descartar la torsión testicular (ver fs. 218, pto. 6). Al responder las impugnaciones de la demandada manifestó que "si bien como se menciona faltaban signos y síntomas desde el punto de vista del Dr. V. R., se debió realizar un seguimiento del paciente o al menos además de las pautas de alarma hacer hincapié en la necesidad de consultar al Urólogo, cirujano en cuestión de horas, no que pasaran 36 hs. para resolver el caso" (ver fs. 230, pto. 8). He preferido transcribir textualmente los párrafos principales del dictamen y de la respuesta a las impugnaciones de la perito -que fueron considerados en detalle por el juez de grado- toda vez que la demandada alega que no se han tenido en cuenta dos frases de la experta que revelarían que el Dr. V. R. se desempeñó en forma correcta en el caso. Manifestó que al contestar los puntos 4 y 5 respondió que "Esta perito entiende que "la sintomatología no sea del todo florida" y que al hacerlo con el punto 8 de las impugnaciones aseveró que "faltaban signos y síntomas desde el punto de vista clínico" (ver fs. 324, las negritas son del original).

Lo importante es aquí no lo que supuestamente dijo la perito en esta versión altamente reformada de sus dichos sino lo que realmente dijo en el texto reproducido con fidelidad en los párrafos anteriores. Véase en este sentido que se ha recortado en estas transcripciones un conjunto de expresiones y datos que son relevantes a la hora de examinar la conducta del Dr. V. R.. La primera frase transcrita por la recurrente no suena del todo bien y ello es porque se ha omitido la conjunción adversativa "aunque" empleada por la experta en la descripción de la sintomatología que se vinculaba con el tema de la edad del actor lo cual llevaba a exigir que se considerara "siempre" la torsión testicular por su pronóstico. Esta modificación efectuada en la expresión de agravios supuso, con este simple procedimiento, dar mayor peso al carácter de la sintomatología, omitir el tema de la edad del actor que es particularmente importante porque la perito dijo que esta enfermedad se produce justamente en el rango etario dentro del cual se encontraba el actor y finalmente soslayar la perspectiva normativa de la perito según la cual dada esta sintomatología y dada esta edad del paciente debía considerarse siempre la torsión testicular. Se trata, como se ve, de una tergiversación no inocente de los dichos de la perito que en nada ayuda al planteo de la demandada. Un procedimiento similar se siguió en la frase de neto tono adversativo en el punto 8 de las contestaciones a las impugnaciones de la pericia. Primero de todo se dijo que "si bien como se mencionan faltaban signos y síntomas" y no directamente que faltaban signos y síntomas desde el punto de vista clínico. Aquí la alteración realizada en el memorial alcanza niveles más serios. La perito precisó que la falta de signos y síntomas lo era "desde el punto de vista del Dr. V. R." y no simplemente de la ausencia de ellos desde una perspectiva objetiva. La expresión "desde el punto de vista clínico" inserta en el memorial entra ya directamente dentro de la categoría retórica de la invención, puesto que existe cierta distancia entre formular esa expresión que refleja una especie de canon objetivo y afirmar, como hizo realmente la perito, que lo era desde "desde el punto de vista del Dr. V. R.". Y lo más importante aun es que se ha recortado, como en el anterior caso, la perspectiva deontológica señalada por la Dra. L. C. según la cual se debió realizar un seguimiento del paciente o al menos además de las pautas de alarma hacer hincapié en la necesidad de consultar a urólogo, cirujano en cuestión de horas, "no que pasaran 36 hs. para resolver el cuadro" (ver fs. 230). En concreto, lo que la expresión de agravios presenta como un dato objetivo de falta de signos y síntomas es, leído en el contexto de la respuesta de la perito, un reproche de la conducta al Dr. V. R. que no supo ver desde su perspectiva la seriedad del cuadro que sufría P. Se señala también en el memorial que el Dr. V. R. necesariamente tuvo que pensar en torsión testicular, sólo que no tenía elementos en el examen físico para sostener este diagnóstico. Reiteran las apelantes posteriormente que la perito supone infundadamente que ese médico no consideró el diagnóstico de torsión testicular. Se insiste en indicar que los hallazgos del examen físico en el momento en que fue evaluado el actor por el Dr. V. R. no eran aun completamente compatibles con una torsión testicular. Precisan que incluso no se comportó como una clásica torsión testicular, ya que luego de unas horas de dolor, el mismo cedió durante más de 24 hs para luego reanudarse y motivar la internación de urgencia. Si bien en un

principio la perito pareció identificar la existencia del dolor testicular agudo con la torsión testicular (ver fs. 214, pto. 2), es claro que posteriormente, como resultado de las impugnaciones de la demandada y de la citada en garantía, aclaró que puede haber una multiplicidad de causas para este síndrome clínico (ver fs. 230, pto. 2). El punto que se le reprocha al mencionado facultativo consiste en haber sugerido al actor adoptar una conducta expectante cuando la situación requería de una atención urgente. Véase incluso que existe una cierta disyunción entre el tratamiento indicado al paciente y lo señalado en la historia clínica domiciliaria. En efecto, según resulta del instrumento acompañado a fs. 5 con la demanda se le diagnosticó al actor ?orquiepidimitis aguda? con indicación de tratamiento con antibióticos, analgésicos y reposo por 72 hs. (transcripción según fs. 276 vta. del fallo). En cambio, la historia clínica completada por el mismo profesional desarrolla con mayor amplitud el cuadro -lo cual es lógico- y expone un supuesto mandato que no se trasluce del documento mencionado toda vez que se dijo textualmente: ?Reposo y control con urología a la brevedad. Doy pautas de alarma? según la transcripción efectuada en la sentencia. Cabe tener en cuenta en ese sentido que incluso la demandada se confunde en su propio alegato en tanto después de señalar que el cuadro clínico sugería más una ?orquiepidimitis? que una torsión, ?el profesional indicó control con urología a la brevedad y pautas de alarma, tal como se procede en la práctica médica con las patologías tan incipientes, ya que pueden cambiar la evolución del proceso? (ver fs. 264, segundo párrafo). Y digo que existe aquí una confusión porque se supone que lo que está en la historia clínica domiciliaria es lo que se le transmitió a P. Ahora bien, el actor señaló que se le había explicado que tenía una ?orquiepidimitis? (ver fs. 9 vta.), que se le recetó un antibiótico, Ibupirac para el dolor y se le aplicó Voltaren inyectable para aplacar el dolor que sufría y que se le prescribió ?reposo por 72 horas? tal como surge de la receta y prescripción que extendió (subrayado en el original de fs. 9 vta.). Esta fusión -en beneficio de la demandada- de dos actos analíticamente distinguibles (uno la anotación de la historia clínica y el otro complejo consistente en lo que se le dijo al actor y se anoto en la receta de fs. 5) se advierte también en la contestación de la demanda en la cual se adujo (ver fs. 72) que el profesional indicó control con urología y a la brevedad y pautas de alarma, tal como se procede en la práctica médica con las patologías tan incipientes -básicamente lo mismo que se repitió en el alegato- cuando es claro que la prescripción dada por escrito al paciente fue reposo por 72 horas sin indicación respecto a que tomara alguna medida urgente para la curación de su dolencia o a que se le diera algún aviso como se sugiere en la historia clínica domiciliaria. Creo que esta es la mejor muestra dentro de los múltiples elementos aportados a la causa -examinados en detalle en el fallo- entre lo que se debió hacer y lo que se hizo, porque resulta de dos datos que tienen origen, directo o indirecto, en la demandada; uno de ellos la historia clínica domiciliaria con una prescripción claramente distinta a la que surge del documento de fs. 5 y otra la que resulta del alegato en la que se indicó que se habían dado pautas de alarma y control con urología a la brevedad como procede en la práctica médica. El caso es que no parece adecuado considerar que un reposo de 72 hs. sea compatible con un control de urología a la brevedad. El canon con el cual debe examinarse la conducta del Dr. V. R. surge, con esta lectura, de la comparación entre lo que le prescribió al enfermo y lo que escribió en la historia clínica domiciliaria según la cual se habían dado señales de alarma y control de urología a la brevedad y también del reconocimiento de la demandada en el alegato en cuanto esa constancia de la historia clínica refleja la prestación médica exigible en estos casos. Aquí pudieron pasar dos cosas, y ninguna de ellas ayuda a la posición de la demandada. Una es que la anotación en la historia clínica domiciliaria sirviera como una suerte de recordatorio para el profesional respecto de lo que había que hacer con el paciente en un tiempo posterior a fin de seguir con un tratamiento, lo cual no parece lógico en tanto se trató de una visita domiciliaria aislada con lo cual el Dr. V. R. no habría de ser el profesional que atendería luego al paciente. La otra es que se haya creído que lo que se anotó en la historia clínica domiciliaria es lo que se le dijo a P. cuando, en verdad, lo que se le había comunicado era algo muy distinto que es lo que surge de la receta obrante a fs. 5. Esta información incompleta es la única que pudo transmitir el actor al elaborar su demanda (ver fs. 9 vta.) en la cual nada se dice de las constancias de la historia clínica domiciliaria a la cual no debió haber tenido acceso el día en que fue atendido en su residencia. Como no se suministró esa información debidamente al demandante, debe entenderse, en el mejor de los casos, que el facultativo tuvo en perspectiva una posible torsión testicular al elaborar la historia clínica domiciliaria aunque las prescripciones dadas al paciente no reflejaron la posibilidad de una lesión de mayor entidad. Y como lo que vale realmente es lo que se le dijo al paciente según la versión de este confirmada por la receta de fs. 5, no cabe más que estar a las conclusiones del dictamen pericial médico en el sentido que hubo en el caso un error de diagnóstico al no haberse explicitado al actor el peligro del cuadro que enfrentaba o, eventualmente, no habersele indicado la necesidad urgente de exámenes en un nosocomio que permitieran despejar la posibilidad de otras causas de la dolencia que tenía en ese momento. Entiendo, pues, que sobre la admisibilidad de las consideraciones vertidas por la experta, es preciso indicar que esta Sala tiene decidido que, si bien el perito es un auxiliar de la justicia y su misión consiste en contribuir a formar la convicción del juzgador, razón por la cual el dictamen no tiene, en principio, efecto vinculante para él (art. 477 del Cód. Procesal; CNCiv. esta Sala, en E.D. 89-495 y sus citas), la circunstancia de que el dictamen no obligue al juez -salvo en los casos en que así lo exige la ley-, no importa que éste pueda apartarse arbitrariamente de la opinión fundada del perito idóneo, en tanto la desestimación de sus

conclusiones ha de ser razonable y fundada (conf. fallo citado y votos del Dr. Mirás en causas 34.389 del 9-2-88 y 188.579 del 26-3-96, mis votos en las causas 620.838 del 12-7-13 y 619.505 del 16-8-13 y, en el mismo sentido, CNCiv. Sala ?D? en E.D. 6-300; Colombo, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado y comentado, 4a. ed., t.I pág. 717 y nota 551). En forma congruente, ha adherido a la doctrina según la cual aun cuando las normas procesales no acuerdan al dictamen pericial el carácter de prueba legal, cuando el informe comporta -como en el caso- la apreciación específica en el campo del saber del perito -conocimiento éste ajeno al hombre de derecho-, para desvirtuarlo es imprescindible contar con elementos de juicio que permitan concluir fehacientemente en el error o el inadecuado uso que el experto hubiese hecho de sus conocimientos técnicos o científicos, de los que por su profesión o título habilitante ha de suponérselo dotado (conf., entre muchas otras, causas 21.064 del 15-8-86, 11.800 del 14-10-85, 32.091 del 18-12-87, 131.829 del 29-7-93, 169.102 del 6-6-95, 516.399 del 26-11-08 y 618.890 del 8-7-13). Por consiguiente, para que las observaciones que pudiesen formular las partes puedan tener favorable acogida, es menester aportar al expediente probanzas de similar o mayor rigor técnico o científico que desmerezcan las conclusiones alcanzadas en el peritaje (conf. arts.386 y 477 del Cód. Procesal; Palacio, Derecho Procesal Civil, t. IV pág.720; CNCiv. Sala ?C? en L.L. 1992-A-425; Sala ?H? en L.L. 1997-E-1009 n° 39.780-S), pruebas que, al no haber sido incorporadas al proceso, permiten concluir de la manera anticipada.

Ante la falta de cuestionamientos de entidad al peritaje, por las razones expuestas y por los fundamentos del sólido y preciso pronunciamiento recurrido propongo que se desestimen las quejas de la demandada respecto a la responsabilidad que se le ha atribuido y se confirme la sentencia en lo principal que decide al haberse demostrado la culpa en los términos del art. 512 del Código Civil del Dr. V. R. en la atención médica prestada en su domicilio al actor P.

II.- Determinada la responsabilidad de la demandada corresponde a continuación examinar los agravios de ambas partes respecto a la procedencia y a la cuantía de los rubros indemnizatorios considerados en el fallo de primera instancia.

a.- Falta de congruencia en la fijación de los rubros indemnizatorios. La demandada dirige una parte importante de sus agravios a exponer un defecto que ha encontrado en la sentencia recurrida en cuanto entiende que se han concedido indemnizaciones en concepto de pérdida de chance en un tipo de reclamo que no había sido formulado en el escrito de inicio en tanto se había peticionado por el rubro incapacidad sobreviniente. Aduce que la decisión es, entonces, incongruente y violatoria de sus derechos constitucionales en tanto se le ha impedido ejercer su derecho a la defensa al contestar la demanda en la cual eventualmente podría haber hecho valer otro tipo de argumentos frente a P.

El juez ha señalado -con sustento en un fallo de la Sala H de esta Cámara (ver autos caratulados ?G., L. A. c. Obra Social para la Actividad Docente (O.S.P.L.A.D.) y otros s/ ds. y pjs.? del 9-12-13- que en el caso deberá aplicarse un procedimiento consistente en, primeramente, valuar el resultado final, luego, establecer, cuál era el porcentaje de probabilidad de evitar dicho menoscabo. En segundo término deberá aplicarse el porcentual de chances con las que contaba el sujeto al valor del resultado final. Agregó a continuación que esta operación deberá practicarse respecto de cada uno de los rubros reclamados por la actora en concepto de daño final, pues si bien, como queda dicho, la pérdida de chance es un daño autónomo, su valuación deber hacerse partiendo del monto del resultado final, respecto del cual se calcularán las chances. Corresponde tener en cuenta, además, que -como bien señala el apelante- el juez mantuvo la tipificación de los rubros como incapacidad sobreviniente calculando la indemnización a partir del referido concepto de pérdida de la chance.

La cuestión gira más alrededor de lo estrictamente terminológico que en torno a una supuesta petición extra petita por pérdida de la chance que no habría sido deducida correctamente en la demanda. El caso es que la recurrente no ha leído en su totalidad el escrito de inicio al haber quedado anclado su examen en la delimitación de los rubros sin tener en cuenta la descripción de los hechos imputados a la conducta del Dr. V. R. En efecto, el demandante dijo que existe un claro nexo de causalidad entre el daño producido y la actuación del mencionado profesional de la demandada ?al diagnosticar una orquiepidimitis en lugar de una torsión testicular perdiendo el suscripto la oportunidad terapéutica por omisión de maniobras esenciales en la práctica médica, que exigen, ante la presencia de dolor testicular agudo una rápida respuesta médica medida en horas, para detectar la posible existencia de la torsión testicular, recomendándose siempre en caso de duda la exploración quirúrgica para evitar males mayores?. En el siguiente párrafo se dijo que ?ese error de diagnóstico, ha desembocado en la necrosis del testículo izquierdo con su consiguiente orquiectomía o extirpación, actuando el profesional con negligencia o impericia en la aplicación de la lex artis, y que ésta conducta sea, a su vez, generadora de un daño innecesario y evitable en sus consecuencias y resultado, y, por lo tanto, antijurídico e indemnizable? (ver fs. 10 vta.).

La demandada aduce que la actora omitió reclamar la pérdida de chance en tanto solamente exigió el pago de indemnizaciones calificadas bajo el título de incapacidad sobreviniente a pesar de que en dos párrafos del escrito de inicio se ha sustentado la pretensión en los términos finalmente concedidos por el juez a quo. El actor destacó con precisión que fue la conducta del Dr. V. R. la que le hizo perder ?la oportunidad terapéutica por misión de maniobras esenciales en la práctica médica? en una expresión absolutamente asimilable al sentido que se da habitualmente al concepto de pérdida de chance de curación en el ámbito del examen de responsabilidad en el defectuoso cumplimiento de las prestaciones médicas. Esta pérdida de una oportunidad terapéutica fue, además, conectada con la necrosis del testículo izquierdo y con su extirpación

generándose así un daño que calificó de innecesario y evitable. Cuando se examina la cuestión desde esta perspectiva podrá verse que no ha habido extralimitación alguna del juez de grado. Lo que hizo en el fallo fue determinar si hubo ese error en el diagnóstico -que fue determinado de modo concluyente en el peritaje de fs. 213/219 y 230/231- posteriormente procuró determinar cuáles eran las posibilidades de curación en caso de haber sido desarrollada una correcta prestación médica -la oportunidad terapéutica- y finalmente detrajo de la incapacidad sobreviniente originada por la extirpación realizada en el Hospital Italiano una porción correspondiente a las chances que tenía de no curarse el actor a pesar de un eventualmente correcto tratamiento médico. Y al examinarse de este modo el tema podrá verse también que el juez al considerar la incapacidad sobreviniente constatada en la persona de P. la ha examinado a la luz de la pérdida de chance mediante un correcto método que ha favorecido -y no perjudicado a la demandada- en tanto ha considerado que aquél contaba con un 70 a 90 % de probabilidad de revertir el cuadro que presentaba al ser asistido en su domicilio (ver fs. 295). El a quo delimitó, con cierta autonomía, el reclamo de P. como una pérdida de chance de curación que ha producido una consecuencia calificada, en su fallo, como incapacidad sobreviniente en tanto se trata de un menoscabo de orden permanente en la integridad psicofísica del actor. El criterio del juez en el examen de la omisión del galeno y de la pérdida de chance es el mismo utilizado por este tribunal en cuanto ha considerado que para que la responsabilidad del médico quede configurada, el paciente debe demostrar que el daño que padece sea consecuencia de un comportamiento culposo positivo u omisivo atribuible a la mala praxis del profesional, lo que exige que se vea obligado a acreditar no sólo la culpa sino también la relación de causalidad. Y ésta debe quedar establecida con un grado suficiente de certeza y verosimilitud (ver voto del Dr. Calatayud en c. 543.602 del 19-4-00 con cita de Calvo Costa, "Responsabilidad médica. Causalidad adecuada y daño: una sentencia justa?", L.L.2006-D-69 y cita de la nota 9; Highton, "Prueba del daño por mala praxis médica?", en "Responsabilidad profesional de los médicos. Ética, bioética y jurídica: civil y pena?", Oscar Ernesto Garay, coordinador, 2003, pág.947 n° 5.2). La dificultad indicada en la expresión de agravios -la falta de relación de causalidad entre la omisión del médico y el posterior desenlace- no decide la cuestión a favor del demandado. No se imputó en la demanda que la conducta condujo necesariamente a la dolencia del causante, porque lo que allí se precisó es que el erróneo desempeño del profesional impidió que se ejecutaran un diverso conjunto de conductas que podrían haber detenido o limitado el curso de la afección. Se trata así de un caso en el que el daño se presenta por la peor situación en que la negligencia profesional colocó al paciente para enfrentar su dolencia con mejores posibilidades de éxito que sería indemnizable a título de pérdida de chances de curación (Aníbal N. Piaggio, "Azar y certeza en el Derecho de Daños?", ED 152-817). De lo ya expresado se advierte, además, que el paciente no enfrentaba un mal pronóstico según los cálculos efectuados por la perito médica ni se verificaba un carácter irremediable de su patología (ver al respecto CSJN, en Fallos: 306:187). La cuestión del simple mandato de reposo por 72 hs para la cura de la dolencia diagnosticada por el Dr. V. R. debe considerarse en este contexto puesto que la falta de ejecución de otras medidas que debieron realizarse configura, como quedó dicho, una indudable culpa del facultativo que está en relación causal con un daño que no es en sí la invalidez sino las chances ciertas de prolongar una vida útil o de la disminución de las posibilidades de sanar de acuerdo con las particularidades de cada caso (Aída Kemelmajer de Carlucci, "Reparación de la 'chance' de curación y relación de causalidad adecuada?", Revista de Derecho de Daños 2003-2, punto V, pág. 261; Alberto J. Bueres, "Responsabilidad civil de los médicos?", Buenos Aires, 3ª ed., 2006, págs. 267-269 y Ricardo L. Lorenzetti, "Responsabilidad civil de los médicos?", Buenos Aires, 1997, t. II, pág. 125 y también esta Sala en c. 535.764 del 10-3-06 y mis votos en c. 534.578 del 18-12-09 y c. 547.532 del 5-7-10) las que -en el caso- se encontraban dentro de un alto grado de probabilidad según lo expresado por la perito médica. Dicha circunstancia repercute, como es obvio, sobre el monto de la indemnización definitiva toda vez que el límite de la responsabilidad médica estará dado por la pérdida de la 'chance' de curación y no por el desarrollo definitivo de la enfermedad. El médico no 'puso' la enfermedad sino simplemente no contribuyó a tratar de detener a ésta (Roberto A. Vázquez Ferreyra, "Responsabilidad civil médica, error en el diagnóstico patológico, valoración de la culpa profesional. Pérdida de la chance como daño indemnizable y otras interesantes cuestiones?", LL 1999-G, 21 y también los votos del Dr. Posse Saguier en CNCiv, Sala F, 14-6-00 en LL 2001-C, 429 y como integrante de la Sala A, 26-3-09 en LL 2009-D, 595). En resumen, el actor planteó su demanda en los términos de una pérdida de una 'oportunidad terapéutica' (ver fs. 10 vta.), reclamó la incapacidad sobreviniente dentro de este marco, la omisión del médico impidió que se tratara adecuadamente la dolencia que tenía perspectivas de ser superada con una atención urgente y el juez condenó a la demandada considerando todos estos elementos por lo cual no encuentro que haya existido la violación al principio de congruencia alegada en la expresión de agravios.

b.- Cuantía de los rubros indemnizatorios. Sobre este punto de los rubros indemnizatorios esta Sala ha señalado que el examen de los daños debe hacerse conforme las normas jurídicas vigentes a la época del hecho antijurídico (ver Kemelmajer de Carlucci, La aplicación del Código Civil y Comercial a la relaciones y situaciones jurídicas existentes, Rubinzal-Culzoni editores, pág. 100 n° 48; Dell'Orefice, Carolina y Prat, Hernán V., La aplicación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y el derecho transitorio, Revista Código Civil y Comercial, ed. Thomson Reuters La Ley, año 1 n° 1, julio 2015, pág. 19, en especial, pág. 27, capítulo VI

letra d; Lavalle Cobo en Belluscio, Código Civil y leyes complementarias comentado, anotado y concordado, com.art.3, t.1 pág.28, n° 12 letra b).

b.1. Incapacidad física. El actor asegura que si bien el a quo consideró el daño como pérdida de chance, lo cierto es que independientemente del 10 % fijado de incapacidad física por la perito, al haber perdido el 50 % de sus gónadas se han visto disminuidas sus posibilidades de tener una vida sexual y reproductiva normal en ese porcentaje en una persona que tenía 16 años de edad al momento del tratamiento. La demandada entiende excesiva la indemnización concedida aun tomando la teoría de la pérdida de chance asumida por el juez de grado. Esta Sala ha señalado que la incapacidad sobreviniente comprende toda disminución física o psíquica que afecte tanto la capacidad productiva del individuo como aquella que se traduce en un menoscabo en cualquier tipo de actividad que desarrollaba con la debida amplitud y libertad (Kemelmajer de Carlucci en Belluscio, "Código Civil...", t. 5, pág. 219, núm. 13; Llambías, "Tratado...", "Obligaciones", t. IV-A, pág. 120 y jurisprud. cit. en nota 217; Cazeaux-Trigo Represas, "Derecho de las obligaciones", 2ª ed., t. 4, pág. 272 y jurisprud. cit. en nota 93; CNCiv. Sala A c. 559-255 del 7-10-10, Sala B en c. 474.654 del 31-10-07; Sala C en c. 551.918 del 26-8-10; Sala D en c. 449.871 del 24-10-07; esta Sala en c. 596.001 del 26-09-12 y c. 15.345/08 del 14-4-15; Sala G c. 550.166 del 22-10-10; Sala H en c. 513.058 del 23-12-08). Es que la integridad corporal de la persona tiene, por lo común, un valor económico instrumental, como capital destinado a ser fuente de beneficios, tanto económicos como de otra índole. Por ello, su afectación se proyecta necesariamente al futuro, cercenando o menoscabando probabilidades de desenvolvimiento, éxito e inserción en el mundo de relación (conf. Zavala de González, "Daños a las personas - Integridad sicofísica", t. 2 a, pág. 41; esta Sala, causa 124.883 del 22-3-93, 15.345/08 14-4-15 y 89.482/04 del 13-10-15). La perito médico ha determinado que corresponde una incapacidad permanente parcial del 10 % por pérdida de testículo en una consideración que no ha merecido realmente cuestionamiento ante esta alzada. Asimismo, indicó que el actor solo puede hacer deportes que no impliquen riesgos o se realicen en superficies duras, así como tampoco se puede aseverar que la orquidectomía implique sí o sí trastornos de erección y/o eyaculación agregando a continuación que "en realidad, se entiende que de existir una sola gónada resta chances de fertilidad en la vida de una persona joven" (ver fs. 231, pto. 7). Como la experta no ha descripto que tal situación le impida al actor el desarrollo de actividades laborales no encuentro que pueda hacerse mérito más que de estas circunstancias que, sin perjuicio de lo expresado, indudablemente producen una disminución en el orden físico en torno a los conceptos indicados. Toda vez que corresponde también considerar que se trata en definitiva de un supuesto de pérdida de chance no encuentro que el monto establecido en la sentencia sea insuficiente en el presente caso y es por ello que sugiero que se mantenga lo decidido por el juez de grado.

b.2. Incapacidad psíquica. Relata el demandante las consideraciones formuladas por la perito psicóloga quien admitió que se ha producido una incapacidad parcial y permanente del 35 % cuyo resarcimiento ha sido calculado por el juez de grado en la suma de \$ 70.000 que se estima baja tanto más si se tiene en cuenta que existe la posibilidad de que se agrave en caso de no seguirse el tratamiento indicado en el peritaje. Cuestiona Swiss Medical que se haya concedido una partida por daño psíquico cuando este rubro "carece de autonomía ontológica" y al haberse establecido una suma al tratar la partida por menoscabo moral respecto de un cuadro que entiende es reversible y mejorable al haberse asignado, además, una suma por gastos por psicoterapia. El daño psíquico supone una perturbación patológica de la personalidad de la víctima, que altera su equilibrio básico o agrava algún desequilibrio precedente, incide en la normalidad del sujeto y trasciende en su vida individual y de relación (conf. Zavala de González, "Resarcimiento de Daños", Tomo 2 a. "Daños a las personas", 2ª edición ampliada, 3ª reimpresión, p. 231). En este sentido debe indemnizarse adecuadamente de acuerdo con las particulares circunstancias de cada caso, siendo menester a tal efecto la subsistencia de secuelas que el tratamiento o asistencia prestados a la víctima no logran enmendar o no lo consiguen totalmente (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, c. V.G.R y otro c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros, 19-10-2009, La Ley Online AR/JUR/44918/2009) Sorprende que la Dra. M. B. A. en su carácter de letrada apoderada de la demandada al alegar sobre el peritaje psicológico haya afirmado que "el actor no padeció en ningún momento experiencia inescapable (sic) que pusiera en riesgo su vida, toda vez que recibió atención médica y no fue agredido, ni secuestrado ni violado por los médicos. Tampoco presentó una situación inescapable (sic) generada por los médicos, fue su torsión testicular la que impuso esta situación que derivó en cirugía" (ver fs. 267 vta.). La perito psicóloga se limitó a aseverar que el actor ha hecho "esfuerzos importantes por superar el trauma recibido que él siente literalmente una castración" (ver fs. 205 vta.). La expresión basada en consideraciones de orden propias de la especialidad de la psicóloga que tuvo a cargo emitir el dictamen fue una de entre varias razones que le llevó a concluir que se observan en el actor indicadores de secuelas psicológicas incapacitantes que guardan relación de causalidad exclusiva con el motivo de esta causa. Agregó que el Trastorno por Estrés post traumático está cronificado a la fecha de la pericia, ha generado y genera (por estar aún en plena actividad y avanzando) daño psíquico de grado moderado a severo, que tiene carácter permanente y abarca la totalidad de las áreas de la personalidad del actor (ver fs. 206). Todo esto sirve como fundamento para descartar, por otra parte, el intento que hace ahora la demandada en la expresión de agravios en tanto procura poner en evidencia un supuesto estado transitorio de incapacidad psíquica que haría inadmisibles la indemnización por este rubro reclamada

en el escrito de inicio. En lo que hace al planteo del actor ha de tenerse en cuenta que se ha afirmado en la demanda que la incapacidad psíquica era del 35 % en una cuota que resulta, en definitiva, idéntica a la estimada por la perito en el dictamen respectivo (ver fs. 206). Sobre la cuantificación del resarcimiento efectuado por el juez de grado no encuentro que el monto estimado en definitiva en la sentencia -calculado a partir del criterio de pérdida de la chance- refleje una insuficiente ponderación de los daños causados al actor por la incorrecta conducta del facultativo que lo atendió en su domicilio. En relación al restante planteo de la demandada, tiene dicho esta sala que nada obsta al otorgamiento de indemnización por incapacidad psicológica, concepto este que se encuentra incluido en los términos ya señalados como especie dentro del género de la incapacidad sobreviniente. El daño moral, en cambio, está constituido por las lesiones a los sentimientos o afecciones legítimas de una persona, o los padecimientos físicos en que se traducen los perjuicios ocasionados por el evento; en fin, la perturbación, de una manera u otra de la tranquilidad y el ritmo normal de vida del damnificado (conf. esta sala, cc. 124.140 del 16/11/94 y 161.002 del 8/2/95; sala D en ED, 61-779 y 69-377; sala F en ED, 42-311 y 53-350; sala G en ED, 100-300). Es decir -en presencia de una enfermedad física o psíquica-, se trata del dolor producido por ella y no de la incapacidad para el trabajo o la vida de relación que la misma conlleva para la víctima que la padece. Finalmente, cabe destacar que es doctrina de la Sala que el daño moral sucede prevalecientemente en la esfera del sentimiento, en tanto que el psicológico afecta preponderantemente la del razonamiento (conf. Cipriano, "El daño psíquico (Sus diferencias con el daño moral" en LA LEY, 1990-D, 678). Es por ello que se ha aceptado mayoritariamente la indemnización de las secuelas psíquicas que pueden derivarse de un hecho con independencia de que se conceda también una reparación en concepto de daño moral (conf. cc. 69.658 del 2/10/90, 81.134 del 24/12/90, 174.074 del 8/8/95 y 190.132 del 15/4/96, votos del Dr. Calatayud, con cita de Zavala de González, "Daños a las personas - Integridad sico-física", t. 2 a, p. 195, N° 7 57 y jurisprudencia allí mencionada). En consecuencia, las quejas que formula la demandada vinculadas a la superposición de ambos reclamos, no tendrá favorable acogida como así tampoco el cuestionamiento respecto a los distintos tipos de tratamiento que resultan exigibles inequívocamente en el caso como ha señalado la perito psicóloga en el dictamen respectivo.

b.3. Daño moral P. reseña los argumentos utilizados por el juez de grado al considerar la angustia e incertidumbre que ha debido padecer con motivo del diagnóstico y tratamiento erróneo al que se vio sometido al ser revisado y atendido por el Dr. V. R. que considera insuficientemente resarcido con la suma de \$ 60.000 estimada en el pronunciamiento recurrido. Por su parte, la demandada aduce que no debió acogerse este rubro y en subsidio alega que el monto aceptado resulta exorbitante sin que la subsunción del daño estético justifique esa decisión. Sabido es que el daño moral, está constituido por las lesiones a los sentimientos o afecciones legítimas de una persona, o los padecimientos físicos en que se traducen los perjuicios ocasionados por el evento; en fin, la perturbación, de una manera u otra, de la tranquilidad y el ritmo normal de vida del damnificado (conf. esta Sala, cc. 124.140 del 16-11-94 y 161.002 del 8-2-95; Sala D en E.D. 61-779 y 69-377; Sala F en E.D. 42-311 y 53-350; Sala G en E.D. 100-300). Es decir -en presencia de una enfermedad física o psíquica-, se trata del dolor producido por ella y no de la incapacidad para el trabajo o la vida de relación que la misma conlleva para la víctima que la padece. Finalmente, cabe destacar que para fijar la cuantía del daño moral, numerosos precedentes de la Sala han señalado que corresponde considerar, entre otras circunstancias, la gravedad de la culpa, las condiciones personales del autor del hecho y las de la víctima, así como la extensión de los daños materiales, si existieren, factores todos que quedan librados a la prudente apreciación judicial (conf. voto del Dr. Dupuis en c. 49.115 del 10-8-89; voto del Dr. Calatayud en c. 61.197 del 5-2-90; y mis votos en c. 1759/07 del 26-3-14, c. 2329/10 del 17-12-14 y c. 8265/10 del 15-5-15, entre muchos otros). Las peritos médica y psicóloga han dado cuenta de los grados de incapacidad que sufre el actor por la incorrecta actuación del Dr. V. R. que alcanzan, como quedó dicho, al 10 % en concepto de incapacidad física y al 35 % por incapacidad psíquica a lo cual ha de sumarse que el hecho se produjo cuando P. solo contaba con 16 años de edad y que según ha quedado expuesto se encuentra impedido de realizar deportes en la medida indicada con lo cual es de presumir que ha producido un recorte en este ámbito que corresponde considerar dentro de este rubro. Cabe considerar dentro de este rubro la obvia preocupación que supone haber quedado con una gónada que resta chances de vida sexual y reproductiva en la vida de una persona joven como indicó la perito médica en las respuestas a fs. 231, ptos. 11 de la demandada y 7 de la citada en garantía. De acuerdo con las constancias de la causa analizadas con el criterio precedentemente consignado entiendo, en definitiva, que el cálculo realizado representa una justa evaluación del agravio moral causado al actor.

b.4. Gastos de tratamiento futuro. En la expresión de agravios del actor se señala que la perito psicóloga consideró que necesita tratamiento psicológico a fin de que el cuadro no avance más para lo cual calculó una duración no inferior a tres años, con una frecuencia de dos sesiones por semana con un costo de \$ 350 la sesión y tratamiento psiquiátrico por dos años con dos sesiones mensuales a un costo promedio de \$ 400 por sesión lo que da un total de \$ 354.200. Sostiene el recurrente que ante ello la suma establecida en la sentencia de \$ 43.200 resulta sumamente baja e insuficiente para cubrir los costos. Entiende la demandada, en cambio, que se ha incurrido en una superposición de rubros pues se ha abonado una triple indemnización por supuestas secuelas incapacitantes en lo psíquico y una suma de dinero destinada a solventar el tratamiento psicológico. Con la

lectura del peritaje psicológico queda expuesta una afectación que es cronicada pero que a la vez genera daño psíquico de grado moderado a severo con extensión a la totalidad de las áreas de la personalidad del actor. No se trata, pues, de un daño de menor entidad y si se examinan el monto finalmente concedido por los tratamientos psíquico y psicológico podrá verse que este resulta exiguo. Véase, por ejemplo, que la suma establecida solo alcanzaría aproximadamente para el tratamiento psicológico de un año al ritmo propuesto por la perito. Por supuesto que no cabe descartar que exista una evolución del actor -indicada como hipótesis a fs. 206 vta.- y que en este punto corresponde tener en cuenta que las consecuencias del procedimiento quirúrgico adoptado para superar la situación del actor quizás podría no haber sido totalmente evitado, con lo cual también en este tema debe considerarse la materia a la luz de la referida pérdida de chance. De acuerdo con estas pautas y la importancia del daño psíquico constatado en la persona del actor propongo que sea elevada la indemnización por gastos de tratamiento futuro a la suma de \$ 70.000. III.- La parte actora se agravia de la sentencia en cuanto se aparta del plenario ?Samudio de Martínez Ladislaa c/ Transportes Doscientos Setenta S.A. s/ daños y perjuicios? al haberse establecido que desde el accidente corresponde el cálculo de la tasa del 8% por tratarse de sumas fijadas a valores actuales y desde el pronunciamiento en adelante la tasa activa. Si bien con fecha 20 de abril de 2009 el Tribunal en pleno dejó sin efecto la doctrina fijada en los fallos ?Vázquez Claudia Angélica c/ Bilbao Walter y otros s/ daños y perjuicios? del 2-8-93 y ?Alaniz Ramona Evelia y otro c/ Transportes 123 S.A.C.I. interno 200 s/ daños y perjuicios? del 23-3-04 -que ratificó el anterior-, estableciendo -en una decisión que ya no resulta obligatoria a raíz de la sanción de la ley 26.853 y consecuente derogación del art. 303 del Código Procesal- la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, la que debe computarse desde el inicio de la mora hasta el cumplimiento de la sentencia, salvo que su aplicación en el período transcurrido hasta el dictado de dicha sentencia implique una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido (ver autos ?Samudio de Martínez Ladislaa c/ Transportes Doscientos Setenta S.A. s/ daños y perjuicios?), lo cierto es que la Sala ha interpretado dicha doctrina de manera diferente a la que propicia el quejoso. En efecto, sobre el punto ha considerado que aceptar que la tasa activa mencionada se devengue desde el momento mismo de producido el evento dañoso y hasta el del efectivo pago, arrojaría un resultado objetivamente injusto y representaría lisa y llanamente un enriquecimiento indebido en favor del acreedor y en detrimento del deudor que la Justicia no puede convalidar. Es que, sin lugar a dudas, se estaría computando dos veces la misma cosa: la desvalorización monetaria operada entre el hecho y la sentencia, dado que en esta se contemplaron valores a la época de su dictado; en tanto la referida tasa capta, en cierta medida y entre otros elementos, la depreciación de la moneda (ver fallos de esta Sala -aunque referidos a la tasa pasiva promedio- en causas 146.971 del 16-6-94, 144.844 del 27-6-94 y 148.184 del 2-8-94, 463.934 del 1-11-06 y 492.251 del 19-11-07, entre muchas otras; Borda, Tratado de Derecho Civil - Obligaciones, 8a. ed., t. I pág. 338 n° 493; Casiello, Los intereses y la deuda de valor [Doctrinas encontradas y una saludable evolución de la jurisprudencia], en L.L. 151-864, en especial, pág. 873 cap. V; Durañona y Vedia y Quintana Terán, La depreciación de la moneda y los intereses, en J.A. 1970-7-332, en especial, cap. V; Vázquez Ferreyra, La tasa aplicable en los juicios de responsabilidad civil, en L.L. del 10-6-09, pág. 7; ver votos del Dr. Calatayud en causas 527.451 del 12-5-09 y 615.823 del 14-8-13, entre muchos otros). Como en el caso, los demandados consintieron la sentencia que aplicó la tasa del 8% anual desde la producción del daño y la indemnización se fijó a valores de la época de su dictado, sólo cuadra propiciar que se confirme dicho pronunciamiento en este aspecto. Ello así, puesto que de aplicarse el criterio de la Sala que en estos supuestos considera que debe devengarse la del 6% anual, se configuraría una reformatio in peius, que está fuera de las facultades del Tribunal, que conforme lo disponen los arts. 271, 277 y concc. del Cód. Procesal debe limitarse a examinar las cuestiones de hecho y de derecho sometidas a su decisión (ver votos del Dr. Dupuis en causa 525.696 del 30-4-09 y del Dr. Calatayud en causa 612.493 del 17-2-14). En virtud de las razones expuestas propongo que se confirme la sentencia en lo principal que decide y se la modifique respecto a los gastos por tratamientos futuros que se elevan a la suma de \$ 70.000 imponiendo las costas a la demandada vencida (art. 68 del Código Procesal). Los señores jueces de Cámara Dres. Dupuis y Calatayud, por análogas razones a las expuestas por el Dr. Racimo, votaron en el mismo sentido. Con lo que terminó el acto. JUAN CARLOS G. DUPUIS. FERNANDO M. RACIMO. MARIO P. CALATAYUD. Este Acuerdo obra en las páginas N a N del Libro de Acuerdos de la Sala ?E? de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Buenos Aires, febrero ... de 2016. Y VISTOS: En atención a lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, se confirma la sentencia de fs. 273/288 y se eleva la indemnización por gastos de tratamientos futuros a la suma de \$ 70.000. Costas a la demandada (art. 68 del Código Procesal). Regulados que sean los honorarios en primera instancia, se fijarán los de esta Alzada. Notifíquese y devuélvase.

009511E