

## Danos Y Perjuicios Mala Praxis Medica Error De Diagnostico Valor Probatorio De La Historia Clinica

### JURISPRUDENCIA

### Daños y perjuicios. Mala praxis médica. Error de diagnóstico. Valor

probatorio de la historia clínica Se revoca el fallo recurrido, haciendo lugar a la demanda de mala praxis médica, pues ante la consulta de la actora por fuertes dolores de cabeza, los médicos intervinientes del hospital la diagnosticaron erróneamente, fruto de la omisión de llevar a cabo las evaluaciones médicas acordes a la sintomatología que presentaba.

En la Ciudad de Buenos Aires, a los 16 días del mes de julio de dos mil quince, se reúnen en acuerdo los Señores jueces de la sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para conocer en el recurso de apelación judicial interpuesto contra la sentencia de primera instancia, en autos caratulados "G. R. N. c/ Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires y otros s/ responsabilidad médica", expediente N° EXP 33933/0, habiéndose practicado el sorteo pertinente, resulta que debe observarse el siguiente orden: Mabel Daniele, Fernando E. Juan Lima y Esteban Centanaro, resolviendo plantear y votar la siguiente cuestión: ¿se ajusta a derecho la sentencia apelada? A la cuestión planteada, la jueza Mabel Daniele dijo:

RESULTA: 1. A fs. 3/4 y fs. 109/117 la Sra. R. N. G. promovió demanda de daños y perjuicios contra el Sanatorio Dr. Julio Méndez y/o la Obra Social de Buenos Aires (ObsBA), por el cobro de la suma de \$ 212.100 (pesos doscientos doce mil cien) con más los intereses y costas, en concepto de daños derivados de un servicio médico negligente. Imputó a los profesionales médicos del Sanatorio Méndez de la Obra Social un actuar negligente, desacertado e ineficaz en el diagnóstico del tumor cerebral que la aquejaba, demorado por un periodo de 2 años, que la privó de haber adoptado otras opciones y resguardos terapéuticos y evitado la prolongación de la patología. Explicó que durante ese tiempo le diagnosticaron cefaleas de origen cervical y síndrome vertiginoso sin efectuar otro estudio para indagar su origen. En ese orden, indicó que acudió el 11/9/03 al servicio de guardia del Sanatorio Dr. Julio Méndez porque padecía fuertes dolores de cabeza, allí le diagnosticaron cefalea crónica de origen cervical y le prescribieron tratamiento fisiátrico y analgésico. Señaló que transcurrieron dos años durante los cuales sus síntomas se agravaron y en los que acudió a la guardia del referido hospital, siempre con el mismo diagnóstico, que luego mutó a cervicalgia. El 16/2/06 mientras se encontraba trabajando, debido a un fortísimo dolor de cabeza cayó sobre el escritorio. Acudió al hospital y el médico traumatólogo la derivó a Neurología, donde le ordenan efectuarse una tomografía computada de cerebro y una resonancia magnética, de cuyos resultados descubren un tumor en la zona frontal izquierda del cerebro. Al día siguiente es internada en la Clínica Adventista con diagnóstico de cefalea crónica holocraneana de dos años de evolución, síndrome depresivo y trastorno de conducta. El 20/2/06 la intervinieron quirúrgicamente y el 23/2/06 le dieron el alta. La demora en diagnosticarla correctamente le provocó daño psicológico y moral, que se proyectó a nivel familiar y laboral con la frustración de ascender a cargos directivos. Reclamó entonces la indemnización por daños, que discriminó en a) daño moral, por cien mil pesos (\$100.000), b) daño psíquico, por una discapacidad del 40% en la suma de ochenta mil pesos (\$80.000), c) tratamiento psicoterapéutico por veinte mil pesos (\$20.000), d) gastos de farmacia y asistencia médica por tres mil seiscientos pesos (\$3.600) y, e) gastos de traslado por ocho mil quinientos pesos (\$8.500). Acompañó y ofreció prueba. 2. Que, a fs. 159/172 vta. la ObsBA opuso excepción de falta de legitimación pasiva del Sanatorio Dr. Julio Méndez, contestó demanda y solicitó su rechazo. Negó las circunstancias de tiempo, lugar y modo de la intervención médica descriptas por la actora. Además, argumentó que la demanda y documental acompañada eran insuficientes e imprecisas sobre las fechas y profesionales intervinientes, a fin de establecer la relación de causalidad y la responsabilidad que pretendía atribuirle. Sin perjuicio de ello, manifestó que de las constancias surgía que los profesionales médicos del Sanatorio se habían desempeñado con prudencia y pericia. Finalmente, impugnó los rubros de indemnización solicitados, ofreció prueba e hizo reserva de caso federal. 3. Que, abierta la causa a prueba, ésta consistió básicamente en la documental agregada al expediente, prueba de informes a distintos nosocomios y profesionales (incluida la historia clínica -en adelante referida también como "HC?"), testimoniales de fs. 253/255, pericial médica de fs. 547/553 y su aclaración y pericial psicológica de fs. 527/539 y su aclaración. Concluida la etapa probatoria, fs.606/610 vta. se agregó el alegato de la actora. En ese estado, a fs. 626 se pasaron los autos a sentencia. A fs. 627 se suspendió el llamado de autos y, como medida para mejor proveer, se dio intervención a la Dirección de Medicina Forense (DMF) para que se pronunciase sobre los puntos que allí se precisaron, toda vez que no surgían del informe producido por el perito médico. La DMF dictaminó a fs.629/634. A fs. 635 se reanudó el llamado de autos. 4. A fs. 640/646 vta. luce la sentencia de primera instancia en que se rechazó la demanda, con costas a la actora. Para así decidir, la magistrada de grado, primero recordó que la obligación del médico era, en principio, de medios y no de resultado, y que por ello la conducta diligente era esencial para dar por cumplida la prestación. Luego, según lo interpretó del informe pericial de la DMF y conforme la reseña de las

constancias médicas, entendió que la primera consulta al servicio de guardia había sido por cervicalgia y databa del 28/7/05 y la primera consulta por síndrome vertiginoso era del 25/8/05, ambas entre 6 y 7 meses antes del diagnóstico del meningioma. Explicó que no surgía de autos constancia de la primera consulta médica que la actora decía haber efectuado el 11/9/03 y agregó que, como lo precisaba la Forense, los síntomas de cervicalgia, síndrome vertiginoso y cefalea, eran inespecíficos e inobjetivables. Agregó que la primera manifestación en la historia clínica de cefalea databa del 16/2/06, por lo que -conforme el dictamen- no pudo establecerse como crónica. Además, al no constar datos relacionados con el examen físico -que se interpretó como inexistencia de datos positivos ante la observación del paciente- no podía establecerse con criterio científico cual había sido la primera consulta relacionada al proceso tumoral y si al comienzo de los síntomas como cervicalgia y/o síndrome vertiginoso la actora era portadora de un meningioma. Por eso mismo, no podía determinarse científicamente el plazo de gestación del tumor que llevase a concluir el error y demora de diagnóstico inexcusable que alegaba la actora. En tales condiciones, la a quo consideró que no había quedado demostrado que el proceso de diagnóstico del tumor cerebral hubiese sido demorado, prolongado y errado durante más de 2 años, por negligencia o inexperiencia del servicio médico del Sanatorio Dr. Julio Méndez y por lo tanto, rechazó la demanda. 5. Que, la parte actora apeló la sentencia a fs. 649 y expresó agravios a fs. 665/670 vta. 5.1. En esa oportunidad, presentó un informe de su consultor técnico e invocó como hecho nuevo que el dictamen forense efectuado por la DMF carecía de aval científico toda vez que había sido copiado de un sitio de internet (Wikipedia). Además, y a través del informe técnico que acompañó, impugnó la pericia mencionada por contener datos inexactos y falaces, en el entendimiento de que esta era la oportunidad procesal para hacerlo, toda vez que en la anterior instancia no se le corrió traslado del dictamen impugnado. En cuanto al contenido, destacó el error de no diagnosticar un meningioma, confundiéndolo con una cervicalgia cuando la actora presentaba síntomas de vértigo, cefaleas y cambios de conducta, e indicó que la médica forense omitió referirse a los estudios diagnósticos del meningioma y principales síntomas del tumor (cefaleas). 5.2. A continuación expresó sus agravios. En primer lugar, se refirió a la obligación de medios que recae sobre los galenos, y manifestó que para satisfacerlos éstos debían ser correctos y apropiados. Indicó que en el caso, había padecido todos los síntomas compatibles con la existencia de un tumor cerebral, pero que los médicos tratantes no utilizaron los medios o instrumentos adecuados para descubrir la verdadera patología que la aquejaba. Ello demostraba la falta de la debida diligencia médica. En segundo término, cuestionó el análisis parcial efectuado por la a quo sobre las probanzas de autos, en tanto centró su observación solo en el dictamen de la DMF sin cotejarlo con las declaraciones testimoniales, los demás informes médicos y constancias de atención obrantes en autos. Tampoco ponderó la prueba faltante, es decir, la ausencia de registro en la historia clínica de la atención entre los años 2003 hasta mediados del 2005, olvidando el apercibimiento dispuesto contra la demandada por no acompañar la HC faltante ni evaluó la orfandad probatoria de su contraria. Además, discutió la conclusión arribada sobre la imposibilidad de estimar la antigüedad del tumor, cuando surgía del E.N.E.R.I. que tenía por lo menos dos años. 5.3. Finalmente, requirió que se ordenara un dictamen médico ampliatorio cuya confección requirió a cuerpos colegiados de neurólogos que detalló. 6. Corridos ambos traslados a la demandada, ésta guardó silencio. 7. A fs. 679/vta. se encuentra agregado el dictamen de la Sra. Fiscal ante la Cámara, que propició la admisión del hecho nuevo, a cuyos argumentos me remito en honor a la brevedad. 8. Enviadas las actuaciones a la DMF para que se expidiese sobre las impugnaciones efectuadas, a fs. 689/691 se agregó el informe elaborado por el Dr. Martella -experto distinto al interviniente por dicho organismo en la instancia anterior-. Ordenado el traslado del dictamen a las partes, solo lo respondió la actora a fs. 693. 9. Finalmente, a fs. 694, previo sorteo y estudio, pasaron los autos al acuerdo. CONSIDERANDO: 10. Que, es menester recordar que los jueces no están obligados a pronunciarse sobre todos los argumentos esgrimidos por las partes, ni a hacer referencia a la totalidad de las pruebas producidas, bastando que valoren las que sean conducentes para la correcta composición del litigio (conf. art. 310 CCAyT y doctrina de Fallos: 272:225; 274:486; 276:132 y 287:23, entre otros). 11. Que, delineados los antecedentes, corresponde en primer lugar expedirse sobre el hecho nuevo planteado por la recurrente, del que adelanto desde ya su admisión, por los fundamentos expuestos en el dictamen fiscal de fs. 679/vta., que comparto. En ese sentido, del trámite de autos se observa que, si bien la actora fue notificada de la decisión de la jueza de remitir la causa a la DMF, lo cierto es que luego de que las actuaciones volvieran de dicho organismo, se notificó a las partes que los autos pasaban a sentencia (fs. 639/vta.) sin darles traslado del informe producido. Sobre el punto, dos son las normas del CCAyT que entran en juego. Por una parte, el informe de la DMF, como todo informe pericial, debió en principio, notificarse por cédula, conforme lo prescribe el art. 380 del CCAyT. Por otra parte, el art. 29, inc. 2 del CCAyT, autoriza a los tribunales a "ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes?". Conforme surge del trámite de estas actuaciones, en tanto no se corrió traslado del informe producido por la mencionada Dirección, las partes no habrían podido ejercer oportunamente el derecho que les acuerda el art. 29 inc. 2 CCAyT ni se habría cumplido con lo que se dispone en el art. 380 del mismo cuerpo normativo. Por eso, teniendo en cuenta que la actora tomó conocimiento de lo dictaminado por la DMF con posterioridad a la sentencia definitiva y que el hecho fue denunciado dentro del plazo que se establece en el art. 231 del CCAyT,

corresponde hacer lugar al hecho nuevo invocado. Sin perjuicio de ello, corresponde aclarar que no considero necesario descartar el informe producido por la DMF en primera instancia por el hecho de que las explicaciones teóricas allí brindadas se hubieran extraído de un sitio de internet cuya autoridad académica la recurrente cuestiona, toda vez que esa circunstancia no le quita rigor científico al análisis que por sí misma efectuó la forense designada. En consecuencia, la admisión del hecho nuevo denunciado, implica que este tribunal tomará en consideración las impugnaciones efectuadas a través del informe del consultor técnico de parte acompañado, así como también el nuevo informe producido por la DMF ante esta instancia (obrante a fs. 689/691). 12. Establecido ello, cabe señalar -tal como lo he sostenido en reiteradas oportunidades- que el fundamento de la responsabilidad del estado se halla en los principios que hacen a su propia existencia. El derecho a la reparación nace por la relación directa entre la actividad legítima o ilegítima estatal (o de cualquiera de sus agentes) y el daño ocasionado. Se resume en la premisa de que todo perjuicio injustamente causado por el estado debe repararse. El sustento no es otro que la teoría del sacrificio especial y la igualdad ante las cargas públicas, porque los artículos 4 y 16 in fine de la Constitución Nacional determinan que las contribuciones exigidas a los habitantes deben ser equitativas y proporcionales. Si se produce un sacrificio especial por el acto legítimo o ilegítimo de cualquier órgano, debe restablecerse la igualdad de todos los habitantes a través de una indemnización, que estando a cargo del estado, generalice el sacrificio especial que se ha exigido al damnificado. El reconocimiento de los derechos individuales y su restablecimiento mediante una indemnización, en los casos en que el estado los hubiere violado, son condiciones de la existencia misma del estado jurídico y de las autoridades legítimas. Y esto es así por cuanto de lo contrario se desconocerían los derechos individuales consagrados en la Constitución Nacional. En consecuencia, la reparación es una respuesta a los derechos asegurados y al valor justicia (esta Sala, "Consortio de propietarios Olazábal 2546/50 c/ GCBA s/ daños y perjuicios", expte. EXP 5845/0, sentencia de fecha 4-05-2006, cons. 6º de mi voto). Así, los principios de derecho público contenidos en los arts. 1112 y 1113 del Código Civil, resultan analógicamente aplicables en virtud de la responsabilidad que, apoyado en tales consideraciones, compete al estado por los daños sobrevinientes en el ejercicio de sus funciones (conf. in re "Villareal Roberto c/ GCBA s/ daños y perjuicios", expte. 625, sentencia del 26-06-2003, del voto del Dr. Eduardo Ángel Russo al que adherimos los restantes integrantes de la sala). "Fiorini ha sostenido también que las normas constitucionales presupuestan la responsabilidad estatal, en especial el artículo 100, que asegura la demandabilidad del Estado, y el artículo 16, sobre la igualdad ante la ley. «La demandabilidad estatal, consagrada en el artículo 100, y el tratamiento de igualdad sin privilegio, se extienden operativamente sin ninguna excepción. El Estado, que impone sanciones a los particulares ante el incumplimiento normativo, sería inconcebible que las excluya cuando se refieren a hechos, a conductas o actos provenientes del Estado. El principio de la demandabilidad implica el de la responsabilidad, que se extiende también a las constituciones y leyes provinciales por mandato del art. 31 C.N. [...] la responsabilidad reparatoria se encuentra implícita y expresa en varias normas constitucionales: artículo 15 (reparación por la ley que libere a los esclavos); 16 (toda carga del Estado debe imponerse por igual); artículo 17 (inviolabilidad de la propiedad: El daño irrisarcible sería una aberración); artículo 19 (soberanía de la voluntad individual, mientras no afecte o perjudique a un tercero); artículo 28 (prohibición al legislador de alterar los principios y derechos consagrados, con normas reglamentarias); artículo 18 (inviolabilidad de la defensa de tales derechos). Y todo ello porque «La Constitución consagra la organización nacional para afianzar la justicia, que es darle a cada uno lo que le corresponde y reparar aquello que se sustrae o vulnera»? (REIRIZ, María Graciela, "Responsabilidad del Estado", Buenos Aires, Eudeba, 1969). Asimismo, para que la responsabilidad del estado resulte procedente deben presentarse en el caso sus presupuestos. Los elementos del concepto clásico de este tipo de responsabilidad son: a) un daño cierto, b) antijuridicidad en el hecho u omisión dañosa, es decir, que haya existido un defectuoso o irregular funcionamiento del servicio, la llamada "falta de servicio" que produce el daño, c) que ese daño haya sido ocasionado por o pueda ser imputado al funcionamiento (defectuoso) del servicio o accionar irregular del presunto responsable (relación de causalidad). 13. Que, sobre esa base, corresponde como primera medida efectuar ciertas aclaraciones acerca de la valoración de la prueba y su producción. Al respecto, cabe recordar que la apreciación de la prueba constituye uno de los pilares al momento de resolver, y los jueces deben hacerlo conforme a las reglas de la sana crítica. Se dijo al respecto que aquella "...no nace en sí misma si se cierra en los límites de lo abstracto. Es la consecuencia de un razonamiento integrado en el cual se conectan los hechos y las pruebas aportadas para llegar al derecho aplicable" (Carlos Francisco Balbín -director-, Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, Comentado y Concordado, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2004, p. 642). "... [L]a interpretación de la prueba la realiza el sentenciante, conforme a las reglas de la sana crítica, que aunque no estén definidas por la ley, suponen la existencia de ciertos principios generales, que deben guiar en cada caso la apreciación de la prueba y que excluyen, por ende, la discrecionalidad absoluta del juzgador; en ella intervienen, por un lado la lógica y por otro, las máximas de experiencia contribuyendo ambas de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba" (ob. cit.). 13.1. Asimismo, y en virtud de los agravios de la actora, cabe recordar también lo que se dispone en el art. 301 del CCAyT en cuanto se establece que "incumbe la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un

precepto jurídico que el tribunal no tenga el deber de conocer?. Y a continuación se agrega que ?cada una de las partes tiene la carga de probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción?. Sin embargo, ello se ve morigerado por la aplicación de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, según la cual, cuando una de las partes está en mejores condiciones fácticas para producir cierta prueba vinculada a los hechos controvertidos, su deber procesal de colaboración se acentúa, siendo portador de una carga probatoria más rigurosa que su contraparte. Es que en materia de mala praxis, donde se tratan situaciones complejas que no resultan ser de fácil comprobación, ?cobra fundamental importancia el concepto de ?la carga dinámica de la prueba' o ?prueba compartida', que hace recaer en quien se halla en mejor situación de aportar elementos tendientes a obtener la verdad objetiva, el deber de hacerlo [...]. También se ha destacado la trascendencia de la historia clínica como elemento valioso en los juicios que se debate la responsabilidad del galeno o del nosocomio, cuyas imprecisiones y omisiones no deben redundar en perjuicio del paciente, atendiendo a la situación de inferioridad en que éste se encuentra y la obligación de colaborar en la difícil actividad esclarecedora de los hechos que a aquéllos les incumbe? (CSJN, ?P., S.R. y otros c/ Clínica Bazterrica S.A. y otros?, sentencia del 4/9/01). En sentido coincidente se ha dicho que el reparto de las cargas probatorias, constituye un equilibrio que se debe mantener entre los derechos del paciente y las obligaciones médico - institucionales (conf. CNCiv., sala H, ?C., M.G. c/ MCBA y otro?, del 21/11/00). 13.2. Por último, y toda vez que la principal controversia se ciñe sobre las conclusiones a las que arribó la experta médica designada en autos (y el sentido en que la a quo interpretó el informe de aquella), resulta oportuno también recordar que el artículo 384 del CCAyT dispone que ?[l]a fuerza probatoria del dictamen pericial es estimada por el/la juez/a teniendo en cuenta la competencia del/la perito/a, los principios científicos o técnicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica, las observaciones formuladas por los/las consultores/as técnicos/as o los/las letrados/as, y los demás elementos de convicción que la causa ofrezca.? En tal contexto, debe recordarse que la pericia es una actividad procesal desarrollada por encargo judicial a personas distintas de las partes, calificadas por sus conocimientos técnicos, artísticos o científicos, mediante la cual se suministra al juez argumentos o razones para la formación de su convicción respecto de ciertos hechos cuya percepción o cuyo entendimiento escapa a las aptitudes del común de la gente. Pero ello no significa que el juez deba seguir las conclusiones a las que aquél arriba sin más, sino que debe ponderarlas con los demás elementos de la causa, con las observaciones de las partes y con la completitud y claridad explicativa del informe pericial, advirtiendo sus imprecisiones, ambigüedades o contradicciones -en caso de existir-, para lograr conformar su convicción -y sin dejar de lado para ello lo que razonablemente indica la sana crítica-. 14. Que, establecidas las pautas que se tendrán en cuenta para evaluar el caso, corresponde tratar los agravios expresados por la parte actora que, como he señalado, en lo sustancial se dirigieron a cuestionar el modo en que se ponderó la prueba producida (en particular el informe médico pericial), toda vez que la jueza a quo rechazó la pretensión por no considerar acreditada la mala praxis, con sustento en la pericia mencionada y, además, en la valoración de las restantes probanzas de autos. Pues bien, corresponde entonces abocarme al análisis de la prueba producida. 14.1. En primer lugar, estimo oportuno recordar que en casos como el presente, la HC constituye una prueba de vital importancia para dilucidar el devenir de la actuación médica. Sin embargo, la HC de la ObsBA (Sanatorio Dr. Julio Mendez) -agregada a fs. 178/200- no se encuentra completa, pues solo constan los antecedentes de una intervención quirúrgica del año 2002 por litiasis vesicular y la hoja de ?consultorios externos? pasa de atenciones en 1983 y 1985 a cuatro consultas durante el 2004 -vinculadas a problemas digestivos o gástricos-, mientras que la División Emergencias del mencionado nosocomio, por ejemplo, informó que durante el año 2005 la asistió en cuatro oportunidades (fs. 15) sin que de ello se haya dejado constancia en la HC, sino que solo aparece en el registro de atención de la mencionada División (fs. 16/32) y en los certificados médicos acompañados por la demandante (fs. 58). A pesar de los reiterados oficios enviados a la demandada para que presentara la HC completa de la actora (fs. 337 y 428), aquella no respondió. Conforme se prescribe en el artículo 316 del CCAyT, la negativa a presentarla constituye una presunción en su contra. En efecto, así lo estableció la magistrada de grado cuando hizo efectivo el apercibimiento dispuesto en el citado artículo (fs. 457) -aunque no se aprecia el modo en que lo ponderó al dictar sentencia-. De la anamnesis de la institución médica ENERI de febrero de 2006, surge que la actora padecía cefalea crónica holocraneana de 2 años de evolución (fs. 69 y 277), lo que nos remontaría a febrero de 2004. Lo mismo surge de la HC confeccionada por la Clínica Adventista Belgrano (fs.74/96). A fs. 253/vta. obra la declaración testimonial de la Sra. Gil, que trabajó con la actora -en lo que aquí interesa- durante el 2005, de la que surge que vivenció los padecimientos físicos de la Sra. G. en ese año, tales como fuertes dolores de cabeza, exclamaciones de dolor y cambio de conducta. Agregó que según tenía entendido se atendía a través de la Obsba con un traumatólogo, que acudía a sesiones de kinesiología, que la derivaron a un neurólogo que le dio medicación. El testigo Santoro -concuñado de la actora- explicó que entre el 2003 y el 2006 la Sra. G. se quejaba por fuertes dolores de cabeza y que presencié situaciones de cambio de estado anímico, que sabía que se trataba por problemas en las cervicales y que tomaba medicación pero que no le servía. Agregó que hasta la intervención quirúrgica en que la extrajeron el tumor cerebral, nunca habían escuchado que la trataran por un tumor (declaración de fs. 254). Por otra parte, cuando la

Obsba contestó la demanda (fs. 159/172 vta.), negó los hechos, criticó el relato de la actora por no precisar qué médico intervino en cada caso y solo señalar algunas fechas, lo que consideró insuficiente para desentrañar el orden causal de los acontecimientos y la responsabilidad que podría atribuirse a los profesionales que habrían efectuado el diagnóstico y expuso -sobre la documental acompañada por la actora- que ¿no se acredita con la documental acompañada mediante registro de consultorios externos ni de guardias, la atención brindada a que alude? (fs. 166 vta.). A continuación, sostuvo que los galenos del sanatorio Julio Méndez se desempeñaron con prudencia y pericia cumpliendo con las normas que exigía el arte de curar. Se observa entonces que la demandada, si bien negó los hechos alegados por la actora, no expuso su propia versión sino que se limitó a asegurar su buen obrar, al tiempo que criticó los antecedentes médicos documentados que anejó su contraria por entenderlos incompletos, sin hacerse cargo de la obligación de pesaba sobre su parte para acompañar la HC completa, en virtud del principio de carga dinámica de la prueba e incumpliendo con la manda del art. 316 del CCyT. Sin duda que es la Obsba quien se encuentra en una mejor posición para producir la prueba necesaria para resolver esta contienda, y deberá por lo tanto soportar las consecuencias de su actitud reticente. Lo cual conlleva, como lógico resultado, a que se tenga por cierta la alegación de la actora en cuanto a que acudió entre los años 2003 y 2006 a atenderse al nosocomio Julio Méndez por padecer fuertes dolores de cabeza y cambios de humor. 14.2. En cuanto al obrar médico en el diagnóstico y tratamiento de la dolencia respectiva, cabe puntualizar que en el informe de la DMF elaborado en primera instancia (fs. 629/633), se explicó que el meningioma es un tumor cerebral usualmente benigno, de crecimiento lento y que, según las constancias aportadas en autos, la actora había comenzado con dolores cervicales un año antes de la cirugía cerebral. Agregó que no existían datos de examen físico, y que cuando se hizo constar ¿síndrome vertiginoso? tampoco se transcribieron reseñas clínicas. Agregó que solo se adujo como síntoma ¿cefalea?, ¿jaqueca? o ¿migraña? -en las constancias del sanatorio- y explicó que generalmente es un trastorno benigno, pero que también puede estar originada por una enfermedad grave, como meningitis, tumores cerebrales o procesos hemorrágicos, o que podía interpretarse como un síntoma del síndrome vertiginoso. Concluyó este primer informe de la DMF que los síntomas -dolor cervical, síndrome vertiginoso y/o cefalea- era inespecíficos y que ante la ausencia de datos físicos, podía relacionarse con cualquier etiología. Finalmente, explicó que si bien los procesos tumorales eran de gestación lenta, no podía establecer científicamente el plazo durante el cual la actora fue portadora del meningioma. Entiendo -sin desmerecer la laboral profesional desarrollada por la experta médica- que si el desarrollo de un proceso tumoral es lento, contando la perito con los datos del tamaño del meningioma extirpado, bien pudo estimar -por lo menos aproximadamente- el tiempo mínimo de evolución del mismo. Por su parte, el informe de la DMF efectuado ante esta instancia (fs. 689/691), el médico forense consideró que, donde se asentaron los síntomas de cervicalgia -fs. 16/32- no obraron diligencias acordes a la sintomatología referida por la actora, ¿... a tal punto que hubiere correspondido a la consulta de cervicalgia... una evaluación reglada de la misma y debidamente documentada donde entre otras cuestiones semiológicas debiera dar lugar a la confección de una Historia Clínica por el médico asistencial donde claramente se explicita el diligenciamiento efectuado para explorar la dolencia...? (fs. 689/691). Explicó que esa evaluación debió consistir en inspecciones estáticas y dinámicas, exploración, pruebas de estabilidad, de compromiso meníngeo-medular, de detección de alteraciones sensitivas, de equilibrio, etc., sumado a la solicitud de estudios por imágenes de la región, a los efectos de tratar de diagnosticar la causa del síntoma y poder descartar probables patologías subyacentes. Señaló que nada de ello se mostraba registrado. Concluyó que, en virtud de la patología de la actora, la sintomatología manifestada en las consultas previas realizadas no recibió el estudio médico adecuado. Entiendo así, que ante la consulta de la Sra. G. por fuertes dolores de cabeza, los médicos intervinientes del Hospital Julio Méndez, la diagnosticaron erróneamente, fruto de la omisión de llevar a cabo las evaluaciones médicas acordes a la sintomatología que presentaba, configurándose en autos la mala praxis alegada por la actora. 15. Que, corresponde a continuación evaluar la procedencia de los rubros indemnizatorios requeridos. 15.1. Incapacidad sobreviniente (Daño psíquico) La actora manifestó que los padecimientos sufridos le provocaron angustia y temores que aún con el tiempo no había logrado superar y que la habían sumido en un estado depresivo. Solicitó la suma de ochenta mil pesos (\$80.000) como resarcimiento. La indemnización por incapacidad sobreviniente está dirigida a establecer la pérdida de potencialidades futuras, causadas por las secuelas permanentes y el resarcimiento necesario para la debida recuperación, teniendo fundamentalmente en cuenta las condiciones personales del damnificado, sin que resulte decisivo a ese fin el porcentaje que se atribuye a la incapacidad, sino que también debe evaluarse la disminución de beneficios, a través de la comparación de las posibilidades anteriores y ulteriores. En consecuencia, adquieren especial relevancia las condiciones personales de la víctima del hecho dañoso. Esto es, la proyección que el perjuicio tiene en la esfera laboral, la edad, la preparación, la incapacidad laborativa, estado civil y demás circunstancias personales, susceptibles de ser apreciadas a los fines de estimar el resarcimiento. En efecto, para establecer el quantum indemnizatorio no existen fórmulas matemáticas ni procedimientos objetivos, rígidos e inflexibles, sino que estos responden al prudente arbitrio de los magistrados en la valoración de los elementos de juicio allegados a la causa (CSJN, Fallos: 183: 247; 191: 264; CNCiv., Sala A, ¿Pagano, R. Alicia,¿ de fecha 19-09-89, entre muchos otros). Finalmente, no debe

perderse de vista que el daño, para que resulte indemnizable, además de guardar relación causal respecto del acto que lo generó, debe ser cierto y no eventual; subsistente al tiempo del reclamo y producir un quebranto patrimonial de quien lo invoca (conf. LLambías, Jorge Joaquín, Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, t. III, Buenos Aires, LexisNexis, pp. 620-1). Asentado ello, corresponde aclarar, que dentro de este concepto se abordará el alegado "daño psíquico" solicitado en la demanda. En ese orden, vale referirse a las conclusiones del informe pericial psicológico producido de fs. 535/539, en el que el profesional informó que el "proceso torturante de sufrimiento que duró alrededor de tres años, abonado por numerosas pérdidas, como la del marido, su hija, su hijo, los estudios... conmocionó el psiquismo de la actora, teniendo como elementos agravantes su psiquismo concreto, poco elaborado y su incapacidad propia para organizar defensas adecuadas frente a las presiones del ambiente..." (fs. 537). Además constató síntomas de depresión, autoimagen disminuida, aislamiento y que al relatar los hechos vivenciados se quebraba emocionalmente. Concluyó que "...la actora aquejada por su psiquismo narcisista, concreto, poco elaborado y con una debilidad propia manifiesta, se vio imposibilitada de procesar adecuadamente la experiencia traumática de esos tres años de sufrimiento, enquistándose el trauma y provocándole, siguiendo el criterio diagnóstico del DSM IV un trastorno por estrés postraumático...". En consecuencia, explicó que existía relación de causalidad entre el hecho traumático y la afección padecida que produjo una alteración del psiquismo de la actora (trastorno por estrés postraumático), y determinó una incapacidad psíquica del 15% de acuerdo al baremo de Castex-Silva, que corresponde a un trastorno postraumático de carácter moderado. Por ello, teniendo en cuenta todas las pautas reseñadas, las conclusiones periciales citadas -que no han sido desvirtuadas por las observaciones de las partes-, las condiciones sociales y de vida de la actora, su edad, oficio y las secuelas psicológicas permanentes que padece -que representan el 15% de la total obrera-, estimo prudente y razonable establecer en concepto de indemnización por incapacidad sobreviniente la suma de cuarenta y cinco mil pesos (\$45.000).

15.2. Tratamiento psicológico La demandante requirió la suma de veinte mil pesos (\$20.000) a fin de reparar el daño psíquico padecido. Sin embargo, en el daño psicológico propiamente dicho, la perturbación del equilibrio psíquico debe ser permanente, pues si puede superarse mediante un tratamiento psicoterapéutico, lo que debe reconocerse es el costo de dicho tratamiento y no una indemnización por daño psíquico (confr. CNCiv., sala F, "Arias, Miguel Segundo Félix c/ Clínica Dussaut S.R.L. y otros s/ daños y perjuicios", el 15/11/04). En tal contexto, según el informe psicológico, la Sra. G. posee una incapacidad psíquica del 15%, y si bien el experto consultado recomendó un tratamiento psicológico de frecuencia semanal por el término de un año, no brindó mayores argumentos que justifiquen la terapia referida, en tanto no explicó, por ejemplo, si el trastorno podría aumentar de no efectuar un tratamiento, que sería lo que -en la hipótesis dada- justificaría la concesión una indemnización por incapacidad psíquica por un lado y, por otro, de una indemnización por tratamiento psicoterapéutico. Por lo tanto, entiendo que no corresponde otorgar indemnización por este rubro.

15.3. Daño moral La actora explicó que el accionar ilegítimo de los galenos le provocó serios trastornos, pérdidas de chances laborales, pluralidad de padecimientos, todo lo cual le provocó un agravio espiritual. Por ello, requirió ser indemnizada en la suma de cien mil pesos (\$100.000). Cabe recordar que el daño moral se trata de "una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquél en que se encontraba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial" (Zavala de González, Matilde, Resarcimiento de daños, t. 2.a., p. 49). Señala la misma autora que "constituye daño moral toda modificación disvaliosa del equilibrio espiritual del sujeto como consecuencia del suceso, opere por manifestación positiva (daño moral positivo) o negativa (beneficio espiritual cesante) [...] Es que el daño moral puede traducirse en sentimientos, situaciones síquicas dolorosas, incómodas o aflitivas, pero igualmente en la pérdida de determinados sentimientos, o en la imposibilidad de encontrarse en una condición anímica, deseable, valiosa o siquiera normal" (op. cit., pp. 554-5). En cuanto a la prueba de estos daños si bien deben ser acreditados, al igual que los demás presupuestos de la responsabilidad, "dicha prueba operará normalmente por vía de presunciones judiciales u hominis (o sea, por inferencias efectuadas a partir de otros elementos) atento la imposibilidad de mensurar el daño moral de la misma forma material, rotunda y directamente perceptible a los sentidos que el caso del daño patrimonial" (op. cit., p. 565). Lo cierto es que evaluando las constancias obrantes en la presente causa, quedó acreditado que los padecimientos físicos -que a la vez repercutieron en su vida emocional y laboral- durante el tiempo en que fue tratada indebidamente ante un diagnóstico equivocado del mal que la aquejaba, le generaron padecimientos espirituales que justifican un resarcimiento. Basta observar para ello que concurrió en reiteradas ocasiones al hospital, debió sobrellevar las sesiones de kinesiología y medicación y así igualmente resignarse a padecer los intensos dolores de cabeza -que no disminuían-, además de verse imposibilitada durante ese tiempo de desarrollar su vida con normalidad, ya sea social como familiar y laboral. Ello se corrobora además, tanto con el informe pericial psicológico en el que se explicaron las disminuciones con las que deberá convivir la actora, como con los testimonios recabados en autos (fs. 253/254). Recordemos que la testigo Myriam Gil indicó que "...los tres primeros años que estuvo en la institución era cooperativa, eficiente, gran espíritu de trabajo, con aportes al trabajo y muy buena relación con el personal, al año 2005 ya no era tan así, había cambios, se la notaba apagada, a veces tenía ataques de llanto y poco

comunicativa? (fs. 253 vta.), además se refirió a los fuertes dolores de cabeza de la actora, que vivenció en exclamaciones de dolor y cambios de conducta. En similar sentido, el deponente Alejandro Santoro contó que entre el 2003 y el 2006 la actora se quejaba de fuertes dolores de cabeza, que presencié cambios de estado de ánimo, situaciones violentas y cambios de personalidad repentinos. Se observa así que ambos testigos se refirieron al cambio anímico de la actora, al malestar con el que convivía, que había cambiado su carácter. Ello surge también de la Historia Clínica que acompañó su psicóloga, Lic. Valle Rollo, donde se encuentra asentada la angustia que atravesaba y la incertidumbre y preocupación por su estado de salud (v. gr. fs. 438). Por lo señalado, considero que corresponde hacer lugar al resarcimiento por este rubro. Ello, en tanto los padecimientos morales resarcibles en el caso son los que se estiman propios de la edad y otras circunstancias de la actora, en relación con la experiencia sufrida y la modificación en su aspecto habitual provocada por los hechos de autos, con su consecuente alteración en el estado anímico. Por lo demás, sobre la cuantificación del resarcimiento, corresponde señalar que la misma queda librada al juicio prudente de los magistrados, aunque se debe computar la entidad y magnitud de la lesión o agravio en función de las proyecciones en la persona en sus esferas existencial y psíquica, en sus padecimientos, en su dolor físico, sus miedos, angustias y sufrimientos. Teniendo en cuenta los parámetros señalados, estimo en veinticinco mil pesos (\$25.000) la suma por la que se debe reparar a la demandante en concepto de daño moral.

15.4. Gastos de farmacia y asistencia médica Reclama la demandante por las erogaciones que debió realizar para sus tratamientos, curaciones y traslado. Si bien no acompañó constancias de gastos, recuerda que la jurisprudencia es pacífica en entender que estos consumos deben presumirse. Pidió que se la indemnizara por tres mil seiscientos pesos (\$3.600). Aún ante la imprecisión de los términos en que se planteó este rubro, debe entenderse que se trata de los gastos que debió realizar durante el tiempo en que le prescribieron tratamientos inadecuados, tales como las sesiones de kinesiología, analgésicos, etc. Ahora bien, a cerca de la prueba los gastos médicos y de farmacia, esta Sala en otras oportunidades ha dicho que "producido el agravio a la integridad psicofísica de la persona, resulta imprescindible recurrir a asistencia terapéutica, lo que siempre implica un sacrificio económico, en mayor o menor medida, inclusive en caso de atención en establecimientos gratuitos" (Zavala de González, Matilde, Resarcimiento de daños. Daños a las personas, t. 2.a, "Integridad Psicofísica", Hammurabi, 2ª ed. ampliada, 3º reimpresión, p. 140). "Siendo los gastos terapéuticos una consecuencia forzosa del accidente, una jurisprudencia unánime sustenta un criterio flexible, no requiriendo prueba efectiva y acabada sobre la efectividad de los desembolsos y de su cuantía. Lo fundamental es que la índole e importancia de los medios terapéuticos a que responden los gastos invocados guarden razonable vinculación con la clase de lesiones producidas por el hecho, es decir, que exista la debida relación causal?" (ibid). En tal sentido, se afirmó que "los gastos médicos deben ser reparados aunque no se haya demostrado documentalmente su existencia, pero ese concepto dista mucho de ser absoluto y de resultar una graciosa concesión de los jueces, sino que encuentra su fundamento en la naturaleza del perjuicio que hace sumamente dificultosa su prueba y en la correlación entre los gastos realizados y las lesiones experimentadas, tiempo de curación, secuelas y carácter de ellas, así como también el tratamiento que el médico aconseja realizar, y todo ello sí debe ser probado y no puede derivar solamente de la voluntad o comodidad de la víctima o de los familiares" (CNCiv., Sala I, "Párez Doncel de Caruso Mabel Alida", del 27-05-88. En igual sentido Sala A, "Martínez de Flores, Leonor del Carmen", 20/6/89; Sala E, "Lopardo, Francisco", 10/5/89, entre otros). Por lo tanto, entiendo que el criterio sostenido en otras oportunidades (v. gr. Sala II, "Cristófano Fernando G. c/ GCBA s/ daños y perjuicios", expte. 9054/0, del 4/12/01 y "Tau Carmen S. c/ GCBA y otros s/ daños y perjuicios", expte. 4909/0, del 21/3/07) debe hacerse extensivo al caso de autos, en tanto resulta razonable presumir la existencia de gastos derivados de los tratamientos y mediación que le prescribieron a la actora durante los años en los que se diagnosticó incorrectamente su enfermedad -de los que obran constancias en autos a fs. 55, 58, 512/514- por lo que propicio hacer lugar al reclamo por este rubro en la suma de dos mil pesos (\$2000).

15.5. Gastos de traslado (viáticos) La actora requirió la suma de ocho mil quinientos pesos (\$8500) "[e]n virtud del estado y los padecimientos sufridos... la necesidad de ser asistida a los efectos de asistencia médica, curaciones, etc., es que debe y deberá utilizar para trasladarse a los lugares de atención, vehículos de alquiler o taxímetros, etc.". Toda vez la demandante vinculó su solicitud por este concepto en gastos que no encuentran respaldo en las probanzas de autos, en tanto no se ha comprobado la necesidad de asistencia médica ni curaciones -ni por lo tanto la necesidad de trasladarse para recibirlas- que se vinculen con el daño objeto de esta litis, la indemnización pretendida por este rubro habrá de ser desestimada.

15.6. En consecuencia, corresponde hacer lugar a la indemnización pretendida por la actora en la suma de setenta y dos mil pesos (\$72.000), que se corresponden a resarcimiento por incapacidad psíquica sobreviniente en \$45.000, daño moral en \$25.000 y gastos de farmacia y asistencia médica en \$2000.

16. Intereses De acuerdo con el fallo plenario de esta Cámara en la causa "Eiben, Francisco c/ GCBA s/ empleo público (no cesantía ni exoneración)", EXP 30370/0, del 31/5/13, los intereses de los importes reconocidos la actora en concepto de indemnización deberán calcularse conforme el siguiente detalle: (i) Desde el 11/9/00 y hasta la fecha de esta sentencia, aplicando una tasa pura del seis por ciento (6%) anual y, (ii) a partir de la fecha hasta el efectivo pago, aplicando el promedio que resulte de las sumas líquidas que se obtengan de (i) la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a 30 días del Banco de la

Nación Argentina y de (ii) la tasa pasiva promedio que publica el BCRA (comunicado 14.290) 17. Costas No encontrando razones que justifiquen apartarse del principio objetivo de la derrota, las costas de ambas instancias habrán de imponerlas al demandado vencido (art. 62 y 249 CCAyT). Finalmente, en cuanto a los honorarios, corresponde diferir su regulación para cuando medie liquidación definitiva. En atención a las consideraciones expuestas, en caso de ser compartido mi voto, propongo al acuerdo que: I. Se haga lugar a la apelación impetrada por la actora, se revoque la sentencia de grado y, en consecuencia, se admita la demanda contra la Obra Social de Buenos Aires. II. Se establezca la indemnización a favor de la Sra. R. N. G. en la suma de setenta y dos mil pesos (\$72.000). III. Los intereses a aplicar al capital de condena, se calculen del modo indicado en el considerando 16. IV. Se impongan las costas de ambas instancias a la demandada vencida (art. 62 y 249 CCAyT) V. Se difiera la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes para el momento en que exista liquidación definitiva aprobada en autos. En este sentido dejo expresado mi voto. El juez Fernando Juan Lima dijo: Adhiero al voto de la Sra. jueza Mabel Daniele. El Dr. Esteban Centanaro dijo: 1. Adhiero al voto de mi distinguida colega preopinante, con excepción del considerando 12, respecto del encuadre jurídico. En tal sentido he de remitirme a los argumentos expuestos en el considerando 7 en los autos "Belloto, Gerónimo Américo c/ GCBA s/ daños y perjuicios", EXP 26466/0, del 22/04/14. No obstante ello, concuerdo con la responsabilidad atribuible a la Obra Social de Buenos Aires pero en los términos del art. 1113 del Código Civil, máxime cuando no se ha demostrado la culpa de la víctima o de un tercero por quienes no deba responder. En este sentido dejo expresado mi voto. En mérito a la votación que antecede, el Tribunal RESUELVE: I. Hacer lugar a la apelación impetrada por la actora, se revoque la sentencia de grado y, en consecuencia, se admita la demanda contra la Obra Social de Buenos Aires. II. Establecer la indemnización a favor de la Sra. R. N. G. en la suma de setenta y dos mil pesos (\$72.000). III. Los intereses a aplicar al capital de condena, se calcularán del modo indicado en el considerando 16. IV. Imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida (art. 62 y 249 CCAyT) V. Diferir la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes para el momento en que exista liquidación definitiva aprobada en autos. Regístrese en el libro de "sentencias definitivas", notifíquese a las partes por Secretaría y, oportunamente, devuélvase.

Correlaciones: GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en "Cejas, José Luis c/GCBA (Hospital Oftalmológico Santa Lucía - Hospital Carlos Durand) s/daños y perjuicios" - Trib. Sup. Just. Bs. As. (Ciudad) - 05/06/2012- Cita digital IUSJU210358D 022509E