

Danos Y Perjuicios Mala Praxis Medica Responsabilidad Del Medico Y De La Obra Social Dano Prevenible

JURISPRUDENCIA

Daños y perjuicios. Mala praxis médica. Responsabilidad del médico

y de la obra social. Daño prevenible En una acción de daños y perjuicios derivados del olvido de gasas en el cuerpo de la accionante tras una intervención quirúrgica, se confirma la sentencia que había condenado al médico y a la obra social demandados al pago de una indemnización. Se destaca que el mencionado olvido de gasas en la pelvis o en la cavidad abdominal durante una histerectomía constituye un descuido y un acontecimiento adverso, que es ampliamente considerado como inaceptable y totalmente prevenible, más aún en una cirugía programada.

Buenos Aires, a los 10 días del mes de octubre de 2017, reunidas las Señoras Jueces de la Sala ?J? de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, a fin de pronunciarse en los autos caratulados: ? V. M. C. c/ Curto Jose Miguel s/ daños y perjuicios? La Dra Beatriz A Veron dijo: I.- La sentencia obrante a fs.392/409 hizo lugar a la demanda entablada condenando a Jose Miguel Curto y a la Obra Social de Poder Judicial de la Nacion, a abonar a la actora la sumas indicadas en el considerando III apartados A y B con mas sus intereses y costas del proceso.-

La presente acción se origina en el reclamo efectuado por la accionante por los daños y perjuicios sufridos- según sus dichos- como consecuencia del olvido de varios apósitos de gasa dentro de su abdomen, luego que se le practicara una ?histerectomia subtotal? en el Sanatorio Anchorena.- Manifiesta que los malestares sufridos durante el postoperatorio de la mentada intervencion quirúrgica, se extendieron por casi doce años, hasta que los profesionales de la Clínica del Sol, la intervinieron quirúrgicamente en la creencia que padecía un tumor de ovario, ocasión en que toma conocimiento de la negligencia cometida en la anterior intervención, puesto que del análisis anatomopatológico del material extraído de su organismo, arrojó que se trataba de un cúmulo de gasas ?Oblito?.- Contra el decisorio de grado apelan y expresan agravios la parte actora en el libelo obrante a fs. 429/431, el demandado a fs. 432/433 y la obra social accionada a fs. 435/437 respectivamente.- Corridos los pertinentes traslados de ley obran a fs. 439/440 y fs.

442/444 los respectivos respondes de la actora a sus contrarias.- A fs. 448 se dicta el llamado de autos a sentencia, encontrándose en consecuencia las actuaciones en estado de dictar sentencia.- II.- Agravios Los agravios de la parte actora se centran fundamentalmente en torno al monto fijado en concepto de incapacidad psicofisica, tratamiento psicológico futuro, como por el monto fijado en concepto de daño moral, rechazo del lucro cesante y la tasa de interés fijada en el decisorio apelado.- A su turno el demandado cuestiona sucintamente la responsabilidad endilgada en la instancia de grado atento no haberse configurado oblito alguno y la Obra Social del Poder Judicial de la Nación estima que su conducta no resulta en forma alguna reprochable y mucho menos condenable, respecto del control del servicio provisto por sus profesionales cuestiona asimismo en forma genérica la procedencia y cuantía de la indemnización otorgada.-

III.- Cuestión Preliminar Como previo y antes de entrar en el tratamiento de los agravios deducidos, cabe precisar que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que entró en vigencia el 1 de agosto de 2015 aprobado por la ley 26.994 contempla de manera expresa lo relativo a la ?temporalidad? de la ley. Es menester interpretar coherentemente lo dispuesto por su art. 7° sobre la base de la irretroactividad de la ley respecto de las situaciones jurídicas ya constituidas, y el principio de efecto inmediato de la nueva ley sobre las situaciones que acontezcan, o relaciones jurídicas que se creen con posterioridad a su vigencia, así como a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.- Las consecuencias son los efectos, -de hecho o de derecho- que reconocen como causa, una situación o relación jurídica por ende atento que en los presentes obrados la situación de que se trata, ha quedado constituida, con sus consecuencias devengadas, conforme a la ley anterior, corresponde analizar la cuestión a la luz de la misma, así como la doctrina y jurisprudencia a ella aplicable sin perjuicio de señalar, que en líneas generales a idéntica solución se arribaría aplicando las normas pertinentes de este último cuerpo legal. ? IV.- En cuanto a la solicitud de deserción del recurso efectuada por la accionante, considero atendible el planteo, atento que no se ha dado cumplimiento con lo dispuesto por el art 265 del CPCC, pues la expresión de agravios intentada por los co demandados, no constituye de ninguna manera una critica concreta y razonada del fallo en crisis, el cual ha analizado todas las cuestiones en forma puntual y minuciosa. Cabe señalar que la expresión de agravios supone la existencia de dos elementos: el perjuicio que se infiere a la parte quejosa, aspecto endógeno con sus consecuencias, y que dicho perjuicio, para llegar al ámbito conceptual de agravio, provenga de errores de la sentencia, los que deben ser indicados claramente. Por ello, resulta inviable la apelación en mérito a lo establecido por el art. 265 del Código Procesal, cuando los agravios de los recurrentes se limitan a reiterar los mismos argumentos que fueron expuestos ante el a quo en el escrito de inicio, sin hacerse cargo de las consideraciones que aquél expresó al fundar su sentencia, por cuanto se pone en evidencia la falta de un agravio específico respecto de las apreciaciones efectuadas por el magistrado de la instancia previa (Civ. esta Sala, C. N. Civ., esta Sala, 28/07/2005, Expte. N°

113.320/2002, ?Suñer, Federico José c/Huhn Hedwig, Margarita y otros s/consignación?; ídem., id., 24/10/2010, Expte. N° 35.602/2009 ?Lattuga, Rosa Nilda c/Zaracho, Carlos Roque y/o s/desalojo por falta de pago?; Id., id., 21/09/2010, Expte. N° 26.783/2007 ?Sherman, Gregorio Néstor Gabriel c/ Asociación Nuestra Señora de Luján de San José de Flores y otro s/ daños y perjuicios?, entre otros), tal como ocurre en el caso. Esta Sala reiteradamente ha sostenido que el recurso de apelación no implica una pretensión distinta o autónoma con respecto a la pretensión originaria, sino una eventual derivación de ésta que constituye el objeto, la que ya no se puede modificar en sus elementos. Se ha declarado que únicamente es fundado cuando en razón de su contenido sustancial es apropiado para la obtención de una resolución que reforme, modifique, amplíe o anule el pronunciamiento impugnado. Caso contrario, debe declararse desierto el recurso (C.N.Civ., esta Sala, 1/10/09, expte. N° 2.575/2004 ?Cugliari, Antonio Carlos Humberto c/ BankBoston N.A. s/ cancelación de hipoteca?. Ídem., 23/6/2010, expte. N° 59.366/2004 ?Berdier, Tristán Marcelo c/ Snitovsky, Luis y otro s/ daños y perjuicios?). La expresión de agravios constituye una verdadera carga procesal, y para que cumpla su finalidad debe contener una exposición jurídica que contenga una "crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas". Lo concreto se refiere a lo preciso, indicando, determinando, cuál es el agravio. Deben precisar así, punto por punto, los pretendidos errores, omisiones y deficiencias que se le atribuyen al fallo, especificando con toda exactitud los fundamentos de las objeciones. Es decir, que deben refutarse las conclusiones de hecho y de derecho que vertebren la decisión del a quo, a través de la exposición de las circunstancias jurídicas por las cuales se tacha de erróneo el pronunciamiento (conf. Morello, Augusto "Códigos Procesal en lo Civil y Comercial de la Pcia. de Buenos Aires y de la Nación. Comentado y Anotado", t. III, p. 351, Abeledo Perrot, 1988; CNCiv., esta Sala, Expte. N° 2.575/2004, ?Cugliari, Antonio Carlos Humberto c/ BankBoston N.A. s/ cancelación de hipoteca? del 1/10/09). Este Tribunal se ha guiado siempre por un criterio de amplia tolerancia para ponderar la suficiencia de la técnica recursiva exigida por el art. 265 de la ley adjetiva, por entender que tal directiva es la que más adecuadamente armoniza el cumplimiento de los requisitos legales impuestos por la antes citada norma con la garantía de defensa en juicio, de raigambre constitucional. De allí entonces, que el criterio de apreciación al respecto debe ser amplio, atendiendo a que, por lo demás, los agravios no requieren formulaciones sacramentales, alcanzando así la suficiencia requerida por la ley procesal cuando contienen en alguna medida, aunque sea precaria, una crítica concreta, objetiva y razonada a través de la cual se ponga de manifiesto el error en que se ha incurrido o que se atribuye a la sentencia y se refuten las consideraciones o fundamentos en que se sustenta para, de esta manera, descalificarla por la injusticia de lo resuelto. (Conf. C.N.Civ. esta sala, 11/5/2010, expte. N° 75.058/2000, ?Peralta, Carlos Raúl y otros c/ Coronel Vega, Carlos Javier y otros s/ daños y perjuicios? Ídem 21/12/2010, expte 108.705/2005, ?Comte Olivares Juan Carlos c/ Rezk Miguel Omar y otros s/ daños y perjuicios?, entre otros muchos). Ahora bien, no obstante tal amplitud en la apreciación de la técnica recursiva, existe un mínimo por debajo del cual las consideraciones o quejas traídas carecen de entidad jurídica como agravios en el sentido que exige la ley de forma, no resultando legalmente viable discutir el criterio judicial sin apoyar la oposición en basamento idóneo o sin dar razones jurídicas a un distinto punto de vista (conf. C. N. Civ., esta Sala, 17/12/2009, expte. N° 62.375/2006 ?Enser, Luis Alberto c/ Empresa de Transporte General Tomás Guido S.A.C.I.F. y otros?; id; 14/08/2009, expte. N° 70.098/98 ?Agrozonda S. A. c/ Jara de Perazzo, Susana Ventura y otros s/ escrituración? y expte. N° 60.974/99, ?Agrozonda S. A. c/ Santurbide S. A. y otros s/ daños y perjuicios?; id; 21/12/2009, Expte. N° 43.055/99, ?Vivanco, Ángela Beatriz c/ Erguy, Marisa Beatriz y otros?). Esto es ?a mi criterio- lo que ocurre en el caso de autos, donde los apelantes no controvertieron adecuadamente los argumentos centrales del decisorio en cuestión, limitándose a disentir con el mismo sin efectuar siquiera mínimamente una refutación jurídica o técnica contra los argumentos en los que se sustentó el fallo recurrido, por lo que propiciaré se declaren desiertos los recursos deducidos a fs. 413 y fs. 415 concedidos a fs 414 y fs.416 respectivamente.- Sin perjuicio de ello, y en orden a lo dispuesto por el art. 266 del Código Procesal, se analizarán las cuestiones que no han sido eficazmente rebatidas.- V.- Responsabilidad I.- La obligación asumida por el profesional no es a obtener un resultado, sino tan sólo a poner los medios adecuados para alcanzar esa finalidad, esto es, de prestar asistencia técnicamente adecuada, poniendo al servicio del enfermo el caudal de conocimientos científicos que su título acredita y prestándole la diligente asistencia profesional que su estado requiere.- Es decir, que su conducta profesional debe representar un actuar diligente y prudente de acuerdo a las circunstancias del caso, en la que el galeno no se compromete a alcanzar un fin determinado, sino que se obliga a cumplir una prestación eficaz e idónea, con ajuste a los procedimientos que las respectivas técnicas señalan como más aptas para el logro de los objetivos del paciente- enfermo- En consecuencia, la omisión de esta carga representa la base fundamental de los llamados casos de ?mala praxis?, en los que por un error de diagnóstico o un inapropiado tratamiento clínico o quirúrgico, nace la responsabilidad civil del médico con sustento en el elemento subjetivo de la culpa (conf. Labombarda, Pablo M., ?La responsabilidad del Estado por la mala praxis médica en hospitales públicos?, L.L. 07/12/2004, pág. 1).- Éste es el criterio también sostenido por la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia: ?tradicionalmente la obligación asumida por el profesional médico ha sido definida como ?obligación de medios' ?ello, sin perjuicio de los singulares supuestos en que puede calificarse como

de resultado-, por lo cual el galeno compromete la prestación de sus servicios, con base en los conocimientos médicos, poniendo en el cumplimiento de su labor la diligencia y cuidados que la misma requiere según las circunstancias de personas, tiempo y lugar conforme lo disponía el 512 del C.C. (actual Art 1724 del CCYCN), debiendo tomar las medidas que normalmente conducen a determinado resultado, pero sin garantizar este último? (C.N.Civ., esta Sala, 24/08/2005, Azurduy, Cristina Rina y otro c/ Hospital Gral. de Agudos Dalmacio Vélez Sarsfield y otros?; Idem., id., 17/08/2010, ?B., E. A. c. S., J. I. y otros s/ daños y perjuicios, E. D. 28/12/2010, N° 12.657).- No existe un concepto de culpa profesional diferente al que se describe en las aludidas normas, las que nos proporcionan el concepto de culpa civil, al decir que ésta consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiera la naturaleza de la obligación y que correspondiesen a la circunstancia de las personas, del tiempo y del lugar. Ello viene a significar que cuando el facultativo incurre en la omisión de tales diligencias, ya sea por imprudencia, impericia o negligencia, falta a sus obligaciones y se coloca en la posición de deudor culpable. (Conf CNCiv., esta sala, 23/6/2011 Expte. 90.579/2003 ?Rivera Cofre José Alejandro y otros c/ Clínica Gral. de Obstetricia y Cirugía Nstra. Sra. de Fátima y otros s/ daños y perjuicios? ídem 31/5/2012 Expte N° 89.973/2007 ?Lamas Dora c/ O.S.C.O.M.M y otro s/ daños y perjuicios responsabilidad Prof. Médicos y Auxiliares? entre otros muchos).- A los fines de fundar este último criterio, se acude a las directivas que emanaban del art. 902 del Código de fondo, (actual art 1725 CCYCN) ?cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos?, lo cual resulta lógico en vista de los mayores deberes que incumben a quienes se hallan habilitados para desempeñarse como profesionales por la capacitación que supone el título universitario y la especialización que hubieren alcanzado.- Cabe señalar que el vínculo de causalidad exige la concurrencia de una relación efectiva y adecuada entre una acción u omisión y el daño de que se trate. A tales efectos, se hace necesario realizar un juicio de probabilidad, determinando que el daño se halla en conexión causal adecuada con el acto ilícito; en otros términos, que la consecuencia dañosa es la que debía resultar normalmente de la acción u omisión antijurídica, según el orden natural y ordinario de las cosas conforme lo establecía el art 901 Cód. Civil, y la determinación de la existencia de tal nexo causal constituye una cuestión de hecho que debe ser resuelta por los jueces, ameritándose las pruebas arrimadas en autos (Conf. C.N.Civ., esta sala, 9/7/2005, Expte. 52.188/99, ?Benito Sarmiento, Cristina y otro c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires?; Ídem., id., 4/6/2009, Expte. 150.949/95 ?Ávila Fernández, Basilia c/ Hospital General de Agudos J. M. Ramos Mejía y otros s/ daños y perjuicios? Idem., id., 17/08/2010, ?B., E. A. c. S., J. I. y otros s/ daños y perjuicios, E. D. 28/12/2010, N° 12.657 ? Id., id., 31/5/2011, Expte. 117.079/2001 ?Salguero de Fratte, Gladys c/ OSDE (Organización Servicios Directos Empresarios) y otros s/daños y perjuicios? Id id, 31/5/2012, Expte N° 89.973/2007 ?Lamas Dora c/ O.S.C.O.M.M y otro s/ daños y perjuicios responsabilidad Prof. Médicos y Auxiliares?) entre muchos otros.- La prueba de la relación causal, cuando menos en su fase primaria, puramente material, incumbe a su pretensor. Es una simple aplicación del principio que fluye del art. 377 del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación. Más allá de que los sistemas o normas sobre los distintos tipos de responsabilidad tienden a defender al damnificado, ello no conlleva a una desnaturalización del sistema de pruebas, ni a la existencia de responsabilidades automáticas cuando el hecho y la causa no aparecen probados?. (L. 96137/92 - "Castelli, José Corado c/ MCBA s/ daños y perjuicios", CNCiv. - Sala D - 04/04/2000).- A su vez respecto de la responsabilidad de la obra social frente al afiliado damnificado por el no cumplimiento de una prestación médica debida, se ha dicho que ?en general resulta irrelevante la modalidad de contratación adoptada por la ?obra social? con el prestador del servicio de salud. Ello atento al efecto relativo de los contratos, los que no pueden beneficiar ni perjudicar a terceros ?de conformidad a los entonces vigentes art. 503, 1195, 1199 in fine y conchs. del Código Civil- en virtud de los cuales afiliado que no concurrió a aquel otorgamiento, resulte un extraño con relación a dicho contrato, que por ello no le puede ser oponible (Trigo-Represas ?Reparación de Daños por Mala Praxis Médica?, p. 400/01). Asimismo debe destacarse lo decidido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto a que la función específica primordial de toda obra social, consiste en la prestación médica integral u óptima, para la cuál ?cuenta con la afluencia de medios económicos que administra a fin de organizar adecuadamente aquel servicio, y en ello ha de contemplarse la competencia, idoneidad y dedicación de los profesionales que se incorporen al mismo, incluidos los especialistas, así como todo personal afectado, e igualmente la aptitud de los medios empleados y toda la infraestructura del servicio médico...? ?...porque cada individuo que requiere atención médica pone en acción a todo el sistema, y un acto fallido en cualesquiera de sus partes, sea en lo que hace a la faz de la prestación médica en sí o como en la faz sanitaria, sea en el contralor de una y otra, en la medida que pudiera incidir en el restablecimiento del paciente, demorándolo, frustrándolo definitivamente o tornándolo más difícil, más riesgoso o mas doloroso, necesariamente ha de comprometer la responsabilidad de quien tiene a su cargo la dirección del sistema y su contralor...? (CSJN, 29/3/84 ?González, Oronó de Leguizamón c/ Federación Trabajadores Jaboneros y Afines, LL 1984-B-393 y ss.) La obra social en definitiva responde, no solamente por omisión o insuficiencia en el suministro del servicio de salud a su cargo, sino también por las deficiencias de la prestación cumplida, atribuible a culpa o negligencia de los profesionales. Asume una obligación tácita de seguridad, insita en el

principio genérico de "buena fe" en el cumplimiento de las obligaciones del entonces vigente art. 1198, párr. 1º del Cód Civil por la eficiencia del servicio de salud a su cargo, máxime teniendo en cuenta que la vida y la salud revisten indiscutible interés social, el que trasciende de lo meramente privado y se proyecta más allá hasta el ámbito del orden público ya que esta en juego el derecho a la vida y a poder seguir viviendo en la misma plenitud de que se gozaba hasta entonces (Buenos Aires, Responsabilidad de los médicos, 2º ed., T 1, p. 380 y ss. Y 472 y ss.; Félix Trigo Represas, "Reparación de daños por Mala Praxis Médica", pág. 401 y ss. (Conf CNCiv, Sala K 13/7/2011 C., A. A. c/ S., L. y otros s/ daños y perjuicios)).- En la actividad de las obras sociales ha de verse una proyección de los principios de la seguridad social, cuya garantía resguarda en forma expresa el art. 14 bis de la Constitución y que obliga a apreciar los conflictos originados por su funcionamiento con un criterio que no desatienda sus fines propios, ni subestime la función que compete a los profesionales que participen en la atención brindada en dichas mutuales. Es decir, la función específica de las obras sociales debe consistir en una prestación integral y óptima (Fallos 306:178, in re "González Oronó de Leguizamón, Norma M. c. Federación de Trabajadores Jaboneros y Afines", sent. del 29 III 1984, "La Ley", t. 1984; "Jurisprudencia Argentina", t. 1984 II 373 y "Carrizo de Shiroma, Silvia y otro c. Hospital Italiano y otros", sent. del 20 III 1986, "La Ley", t. 1986 I 616; ahora también deben añadirse los arts. XVI de la Convención Americana de Derechos y Deberes del Hombre; 25.1. de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, incorp. por el art. 75 inc. 22, Const. nacional; Quiroga Lavié, Benedetti y Cenicacelaya, "Derecho Constitucional Argentino", Rubinzal Culzoni, t. I, n. 6.3.1., pág. 287) (Conf SCBA .en autos ?R. S. C. c/ Clínica Privada 25 de Mayo S.A. y otros s/ daños y perjuicios ? del 12/11/2008).- II.- Ahora bien sentado ello no puede dejar de recordarse que, en procesos como el presente, el dictamen pericial adquiere una especial significación desde que resulta ser, en la generalidad de los casos, la "probatio probatissima" (conf.: Rabinovich Berkman, R.D. "Responsabilidad del Médico", pág. 239, núm. 52, ed. Astrea, 1999).- En materia de procesos de daños y perjuicios por mala praxis, la prueba pericial resulta de particular relevancia en lo que se refiere al análisis de la conducta desarrollada por el profesional actuante, así como a la existencia y entidad de las lesiones por las que se reclama.- Se ha dicho que en materia de responsabilidad médica se acentúa el significado de la pericia, que es evaluada según las reglas de la sana crítica. Cuanto mayor es la particularidad del conocimiento, menor es la posibilidad de apartarse. Sin embargo, esa importancia no implica aceptación lisa y llana. El juez no homologa la pericia, la analiza, la examina, la aprecia con las bases que contiene el art. 477 del Código Procesal (Conf. Cipriano, Néstor A., "Prueba pericial en los juicios de responsabilidad médica (Finalidad de la prueba judicial)", en LL, 1995-C-623; CNCiv esta sala, 10/3/2015 Expte. N° 28.245/2010 ?Oyaneder Mansilla María Angélica de Lourdes y otros c/ Noel Mariano Augusto y otro s/ daños y perjuicios? ídem 5/11/2015 Expte N° 111.441/2011 ?Montoya Cristian Martin c/ Sociedad Itlaiana de beneficencia de Buenos Aires y otro? s/ Daños y Perjuicios).- La pericia médica efectuada en autos y de la cual diere cuenta en su estudio minucioso la sentenciante de grado (ver fs. 354/359) refiere la actora que el accionado le efectuó una histerectomía conjuntamente con una corrección de prolapso el día 2-4-1991, manifiesta la accionante que tuvo un postoperatorio doloroso y que estuvo internada siete días, que con posterioridad al alta, continuó con tratamiento antibiótico y analgésico prescripto por el accionado, con dolores abdominales, mas al agacharse, y dolores intensos al mantener relaciones sexuales, es decir dispareunia, continuó con dolores pélvicos de espalda e incremento de la dispareunia, indicándole el Dr. C, parches pues le manifestó que presentaba menopausia quirúrgica.- Señala el experto que la actora concurre a la consulta en Lalec el 18/2/2003 donde se detectan anexos palpables dolorosos, y conforme el informe de la ecografía transvaginal efectuada (cuya transcripción obra a fs. 354 vta punto 3) puede hacer sospechar la presencia de un tumor maligno de ovario.- Conforme la historia Clínica de la internación en la Clínica del Sol, consta que con fecha 19 de Mayo de 2003 el Dr. A le efectúa una laparotomía exploradora (apertura de la pared abdominal) con diagnóstico preoperatorio: tumor pelviano, realizada la apertura del tumor drenando material caseoso y se envía a Anatomía Patológica , Conforme el informe anatomopatológico de tejidos blandos obrante a fs 15, cuya transcripción figura a fs. 354, de la experticia en análisis surge, la existencia tres fragmentos de gasa que incluyen sectores amarillentos supurados que miden entre 4 y 2,3 cm descripción microscópica: los cortes muestran fibras de origen exógeno rodeadas por material necrótico y acúmulos fibrinoleucocitarios.- La imagen histológica es compatible con la presencia de material exógeno bordeado por necrosis y acúmulos fibrinoleucocitarios (oblito) diagnóstico tejidos blancos pelvianos: Oblito) .- El olvido de gasas en la pelvis o en la cavidad abdominal durante una histerectomía, constituye un descuido y un acontecimiento adverso, que es ampliamente considerado como inaceptable y totalmente prevenible mas aun en una cirugía programada como la de autos. Asimismo señala el experto que no hay ninguna constancia médica que se haya usado el alegado Surgicel, durante la histerectomía, ya que lo que detectó la anatomía patológica, fueron fragmentos de gasa. Estima una incapacidad de un 9% por cicatriz mediana supra e infraumbilical y de un 20% como consecuencia de la eventración.- Manifiesta el experto que en el caso de autos existió relación de causalidad directa entre las gasas olvidadas dentro del abdomen de la actora indicando que los síntomas posteriores descriptos, la necesidad de ser intervenida quirúrgicamente, la cicatriz mediana supra e infraumbilical y la eventración descripta, son consecuencia de la cirugía

efectuado para extraer los fragmentos de gasas.- En el responde de fs. 368 a la impugnación efectuada por el demandado en relación a que se habría encontrado acumulo de Surgisel, colocado para prevenir sangrado y las adherencias, el experto ratifica en un todo su dictamen, manifestando que de ninguna historia clínica surge la existencia de Surgisel retenido y que del material extraído durante la cirugía del Dr.A se mostró que se trataba de tres fragmentos de gasa. Que las gasas quedaron retenidas por el lapso de doce años en la pelvis de la actora.- Con estos elementos concretos, el juzgador forma un tipo de comparación abstracto y circunstancial como específico, que sea representativo -axiológicamente- de la conducta que debió observar el sujeto en la emergencia. Y de la confrontación del actuar debido -idealmente supuesto- y el actuar real, obtiene la conclusión buscada (confr. Bustamante Alsina J., "Teoría General de la responsabilidad civil", N° 812, pág. 250 y 251).- Las conclusiones fundadas en principios técnicos cuya crítica no ha sido formulada con bases en argumentos científicos de mayor valor que demuestren su falta de consistencia, ni existiendo otras probanzas que lo desvirtúen, la sana crítica aconseja aceptar sus conclusiones (conf. Palacio, Lino E., Derecho Procesal Civil, T. IV, Actos Procesales, pág.720; esta Sala, Expte. N° 75.974/2.000, 22/11/2011, "Lugo, Ernesto c/ Suarez, Eusebio s/ Daños y perjuicios" ídem, 18/2/2014, "Braccia Mariana Graciela y otro c/ Swiss Medical S.A. y otros s/ daños y perjuicios").- Se denominan oblitos quirúrgicos aquellos casos en los cuales, con motivo de una intervención quirúrgica, se dejan olvidados dentro del cuerpo del paciente instrumentos o materiales utilizados por los profesionales intervinientes. Cuando nos referimos al factor de atribución con relación al oblito quirúrgico, la doctrina ha oscilado entre el factor subjetivo basado en la culpa por el acto médico, o por el hecho de la cosa, la que sometida en un principio dócilmente al control humano se ha independizado y ha escapado del acto médico puro.- Doctrinariamente predomina en quienes han estudiado el problema, que se trata de daños causados por el médico con la cosas, debido a que en ellos el hecho de la cosa sometida en un principio dócilmente al control humano se ha independizado y ha escapado del acto médico puro (Conf. Felix A. Trigo Represas " Responsabilidad civil de los médicos por el empleo de las cosas inanimadas en el ejercicio de la profesión "en Rev. La Ley 1981 - B- 781 ; también Alberto J Bueres en "Responsabilidad civil de los médicos" 3° ed. 2006, pág. 419). Otros como el Dr. Vazquez Ferreyra la situación descripta configura el incumplimiento de una obligación de medios. Para Jorge Gamarra "Responsabilidad civil medica, Montevideo 1989, T° 2 p. 255 considera que el problema planteado debe resolverse en el ámbito de culpa del médico, este debe juzgarse por los principios de la culpa ; en razón de ello el profesional responde solo cuando incurre en ella).- El fundamento de las doctrinas expuestas reconoce una circunstancia dirimente : la omisión o descuido en que incurre el cirujano al no tomar en cuenta las situaciones preventivas que le permitirían advertir el olvido, como puede ser el recuento de gasas y/o compresas utilizadas. La sola presencia del oblito hace presumir fundadamente un comportamiento negligente del profesional que ha incurrido en él (Conf. Carlos a Calvo Costa "Daños ocasionados por la prestación médica asistencial" ed. 2007 pág.406). Es decir que, la sola presencia del oblito permite al Juzgador inferir la culpa del médico a partir de determinados indicios probatorios, presumiendo que no adoptó los mecanismos adecuados (en el sub judice el recuento de materiales), para impedir el daño al paciente, presunción esta que si bien debe ser considerada "iuris tantum" admitiendo prueba en contrario (Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza Sala III del 26/7/2011 C. S. A. c/ Provincia de Mendoza O.S.E.P, Hospital el Carmen y otros s/ daños y perjuicios ?) la cual a tenor de las constancias analizadas es inexistente en estos autos.- El caso puntual de los oblitos, es considerado en la mayoría de los pronunciamientos, como constitutivo de negligencia, dentro del esquema conductual culposo del cirujano. La jurisprudencia ha sostenido: "La mera existencia de un oblito quirúrgico demuestra un descuido en el conteo de los elementos utilizados para la operación, imputable al cirujano aun cuando no se encargara personalmente de éstos o de su retiro, pues como jefe del equipo o grupo de personas que realizaron el acto quirúrgico, su deber no se limita a la actividad propia sino que responde por la conducta de sus componentes, cuyas actividades en aquel acto orienta y coordina" (Conf. CCiv y Com Fed, Sala II, 18/04/2000, la ley, 2000-d, 336)." ? El daño derivado del olvido del material quirúrgico (aguja) es responsabilidad del médico que realizó la operación, puesto que el cirujano tiene la obligación y responsabilidad de advertir que alguno de sus elementos de trabajo faltan o no están completos al finalizar su tarea, ya que aunque ésta sea una labor del instrumentista, el responsable final de las tareas delegadas es el galeno, quien debe tener el control del instrumental que usa y la forma en que lo devuelve la instrumentista. En definitiva, dentro del deber de seguridad asumido por el profesional se inscribe el control y conteo de los elementos utilizados durante la intervención y la existencia de dependientes o auxiliares en el acto quirúrgico, no puede operar como una eximente de la responsabilidad? (CNCiv sala F 28-11-2014 cita: MJ-JU-M-90463-AR | MJJ90463 | MJJ90463).- ?La mera existencia del "oblito"demuestra -por la fuerza de los hechos- que hubo descuido en el conteo de las gasas y que ese descuido es imputable al cirujano, aún cuando no se encargara él del retiro de las mismas personalmente, ya que el cirujano es el encargado de remover todos los objetos que quedan en el cuerpo del paciente y, además, como jefe del equipo o integrante del grupo médico que intervino en el acto quirúrgico su deber no se limita a la actividad propia, sino que responde por la conducta de los componentes de ese equipo, cuyas actividades en aquel acto, el jefe o el cirujano orienta y coordina? (CNCiv., Sala C, 20-5-93, ED-154-602;

CNCom., Sala C, 23-4-99, LL.-1999-C- 441 y sus citas jurisprudenciales; Vazquez Ferreyra R., ¿Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina?, Buenos Aires 1992, p. 199 y sig.).- En cuanto a la responsabilidad de la obra social accionada sumado a lo manifestado ut supra encuentro fundamento en la circunstancia de que el deber de prestar a los afiliados cobertura médica, lleva implícita una obligación tácita de seguridad de carácter general relativa a la selección y vigilancia de los prestadores de la atención médica, lo cual implica la consecuente responsabilidad por los daños ocasionados en caso de una defectuosa prestación de ese servicio. ¿El deber de seleccionar y vigilar las clínicas prestadoras del servicio médico recae sobre la entidad, por lo que hace nacer la obligación de responder por los daños ocasionados por la actuación culposa de los médicos intervinientes en su condición de garante de la correcta prestación de los servicios que por ley debe proporcionar (arts. 1113 1er. párr. y 1198 1er. párr., Cód. Civil; conf. Bueres, Alberto J., "Derecho de daños", Hammurabi, pp. 369, 378/380; Saux, Edgardo I., "La obligación de seguridad en los vínculos contractuales", "La Ley", Suplemento Especial Obligación de Seguridad, 2005, pág. 15) (Conf SCBA 12/11/2008 ? R. S. C. c/ Clínica Privada 25 de Mayo S.A. y otros s/ daños y perjuicios? Cita: MJ-JU-M-42620-AR | MJJ42620 | MJJ42620).- Reitero que la función específica y la obligación primordial de la obra social consiste en la prestación médica integral y óptima y en ello ha de contemplarse la competencia, idoneidad y dedicación de los profesionales que se incorporen al mismo, incluidos los especialistas, así como de todo el personal afectado, e igualmente, la aptitud de los medios empleados y toda la infraestructura del servicio médico en cuestión. Estos aspectos deben considerarse con sentido dinámico, esto es, en su compleja interacción enderezada a resguardar la vida y la salud de los afiliados prestatarios del servicio. (Conf SCBA 30/3/2010 ? S. M. M. c/ Clínica Privada del Diagnóstico Las Flores S.A. y otros s/ daños y perjuicios?) por lo que en el presente caso la responsabilidad de la obra social accionada deviene inexcusable.- En virtud de las consideraciones expuestas y habiendo el sentenciante de grado brindado cabal y concreta razón de su juicio conclusivo, sin que existan en la causa, ni elementos fácticos ni razones científicas que brinden una conclusión diferente ni superadora propongo al acuerdo confirmar la sentencia recurrida.- VI.-Rubros Indemnizatorios: I.-Incapacidad Sobrevenida y Tratamiento Psicológico Futuro La presente partida prospera por la suma de \$ 515.000. La incapacidad sobrevenida está representada por las secuelas o disminución física o psíquica que queda luego de completado el período de recuperación o restablecimiento; produciéndose entonces para la misma un quebranto patrimonial indirecto, derivado de las limitaciones que presenta al reanudar sus actividades habituales y al establecerse su imposibilidad -total o parcial- de asumirlas y cumplirlas adecuadamente. La incapacidad económica -o laborativa- sobrevenida se refiere a una merma de aptitudes que sufre el individuo para obtener lucros futuros, sea en las tareas que habitualmente suele desempeñar o en otras, es decir, una chance frustrada de percepción de ganancias..." (Trigo Represas, Félix A. - López Mesa, Marcelo J.; "Tratado de la responsabilidad civil", La Ley, Bs. As., 2006, vol. "Cuantificación del Daño", p. 231 y ss.).- La Corte Suprema ha sostenido que cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas en forma permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física tiene por sí misma un valor indemnizable y su lesión comprende, a más de aquella actividad económica, diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida (C.S.J.N. Fallos: 308:1109; 312:2412; 315:2834; 318:1715; 326:1673; Ídem., 08/04/2008, ?Arostegui, Pablo Martín c/. Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. y Pametal Peluso y Compañía?, L. L. 2008-C, 247).- Asimismo sostuvo el Máximo Tribunal que, aunque los porcentajes de incapacidad estimados por los peritos médicos constituyen un elemento importante a considerar, no conforman una pauta estricta que el juzgador deba seguir inevitablemente, ya que no sólo cabe justipreciar el aspecto laboral sino también las demás consecuencias que afectan a la víctima. (C.S.J.N., Fallos: 310:1826, Ídem., 11/06/2003, ?Cebollero, Antonio Rafael y otros c/ Córdoba, Provincia de?, Fallos: 326:1910).- Es decir que, para establecer el quantum de la indemnización por incapacidad sobrevenida, debe considerarse la incidencia del hecho dañoso, cualquiera sea su naturaleza, en relación con todos los aspectos de la personalidad de la víctima, tanto en lo laboral como en lo social, en lo psíquico como en lo físico.- En otras palabras, el monto indemnizatorio por incapacidad sobrevenida debe fijarse de acuerdo al prudente arbitrio judicial, que compute no sólo la entidad y trascendencia de las lesiones sufridas, sino también las condiciones personales del damnificado, como edad, sexo y actividad, etcétera, y la gravedad de las secuelas que pueden extenderse no sólo al ámbito del trabajo, sino a su vida de relación, incidiendo en las relaciones sociales, deportivas, culturales, etcétera. Se deben brindar las razones y argumentos que expliciten y funden el ejercicio de la prudencia judicial, ya que el juez no está obligado por el estricto seguimiento de criterios matemáticos, ni por la aplicación de los porcentajes laborales de incapacidad, que si bien son de utilidad, constituyen una pauta genérica de referencia..." (Galdós, Jorge M.; "Daños a las personas en la Provincia de Buenos Aires" en "Revista de Derecho de Daños", Rubinzal Culzoni, N° 3 del 2004 "Determinación Judicial del Daño - I", Santa Fe, p. 65).- A su vez tal como lo viene sosteniendo en forma reiterada de esta Sala, el daño psíquico no constituye un daño autónomo, sino un aspecto a considerar dentro del rubro incapacidad sobrevenida, pues configura una disminución de aptitudes con repercusión en el patrimonio y la vida de relación del damnificado (conf. C.N.Civ.

esta sala, 17/11/09 expte: 95.419/05 ?Abeigón, Carlos Alberto c/ Amarilla, Jorge Osvaldo y otros s/ daños y perjuicios?, Idem., id., 11/3/2010, Expte. 114.707/2004, ?Valdez, José Marcelino c/ Miño, Luis Alberto daños y perjuicios?, Id., id., 06/07/2010, Expte. 93261/2007 ?Godoy Muñoz, Pedro c/ Villegas, Víctor Hugo y otros s/ daños y perjuicios?, entre muchas otras).- Siguiendo la posición de Risso, el daño psíquico es un ?síndrome psiquiátrico coherente (enfermedad psíquica), novedoso en la biografía, relacionado causal o concausalmente con el evento de autos (accidente, enfermedad, delito), que ha ocasionado una disminución de las aptitudes psíquicas previas (incapacidad), que tiene carácter irreversible (cronicidad) o al menos jurídicamente consolidado (dos años). La enfermedad psíquica que el perito diagnostique debe dañar de manera perdurable una o varias de las siguientes funciones del sujeto: 1) incapacidad para desempeñar sus tareas habituales; 2) incapacidad para acceder al trabajo; 3) incapacidad para ganar dinero y 4) incapacidad para relacionarse?.- Sostiene el mismo autor que en medicina legal, la incapacidad indemnizable es tributaria de la cronicidad, en tanto que el sufrimiento psíquico normal (no incapacitante), que no ha ocasionado un desmedro de las aptitudes mentales previas, si es detectado e informado por el perito, es uno de los elementos que el juez podrá incluir en el daño moral. Todo aquello que no sea estrictamente incapacitante no tiene por qué quedar afuera de la indemnización. Será indemnizado, pero no como daño psíquico, sino como daño moral, indemnización sujeta a las reglas de la sana crítica y la razonable prudencia (conf. Risso, Ricardo Ernesto, ?Daño Psíquico - Delimitación y diagnóstico. Fundamento teórico y clínico del dictamen pericial?, E. D. 188-985; C.N.Civ., esta Sala, 11/02/2010, expte. N° 89.021/2003, ?Procopio, Fernando Antonio y otro c/ Piñero, Ernesto Emir y otros s/ daños y perjuicios?, Ídem., id., 27/4/2010, ?Bertagni, Alberto Eugenio c/ Barón, Martín s/ daños y perjuicios?)- Cuando el perito determina que el trastorno mental que presenta su examinado amerita un tratamiento por especialistas, lo indicará al juez. La frecuencia y duración siempre serán estimativas, y también tendrán el sentido de una orientación para el juez.- Está claro que nadie puede predecir con certeza cuándo se curará una persona, o cuándo la mejoría que ha obtenido ya es suficiente (Conf. Risso, Ricardo E. ?Daño Psíquico - Delimitación y diagnóstico. Fundamento teórico y clínico del dictamen pericial?, E. D. 188-985; C. N. Civ., esta Sala, 16/2/2010, Expte. N° 76.361/2004, Id., id., ?Slemenson, Héctor B. c/ Antonini, Delia O.?, Idem., id., Expte. N° 69.932/2002 ?Ledesma, Ramona Graciela c/ Acosta, Miguel Ángel y otros s/ daños y perjuicios? del 30/3/2010; Id., Id., 27/04/2010, Expte. 1.089/2005, ?Dinardi, Héctor Oscar c/ Agüero, Juan Ramón y otros?, entre otros).- Como señalara precedentemente el experto estimó una incapacidad de un 9% por cicatriz mediana supra e infraumbilical y de un 20% como consecuencia de la eventración que le ocasiona dolor y dificultad para la movilidad, indicando que los síntomas descriptos, en la actora son consecuencia de la cirugía efectuada para extraer los fragmentos de gasas.- En el examen efectuado señala el experto la presencia de abdomen globoso, blando, depresible y cicatriz mediana supra e infraumbilical de aproximadamente 18 cm por 1 cm de ancho, irregular, normocoloreada y atrófica. La porción supraumbilical de aproximadamente 4 cm, la cicatriz es producto de la laparotomía exploradora para extirparle las gasas. Presenta cicatriz transversal suprapúbica de aproximadamente 11 cm de longitud y 1 cm de espesor producto de la histerectomía y se observa eventración a la izquierda de la cicatriz infraumbilical con un eventrógeno de 10 cm por 10 cm aproximadamente, con contenido intestinal.- Desde el punto de vista psíquico la experticia efectuada a fs. 325/330 ratificada a fs. 346 señala que se desprende un evidente daño psíquico en la actora como consecuencia del hecho de autos, se registran rasgos de abatimiento tristeza melancolía reactiva como traumatización asociados únicamente a los hechos de autos. Los síntomas e indicadores revisten la forma clínica de la depresión neurótica. Se constata perturbación de su equilibrio psíquico su afectividad y voluntad se hallan perturbadas acarreado consecuencias disvaliosas en lo individual, esquema corporal, en la psico sexualidad y en la vida de relación. Manifiesta que no se han hallado factores concausales o preexistentes, y en su responde a la impugnación efectuada por el demandado señala que no es correcto inferir que el accidente padecido por la actora en el 2009 condicione al día de la fecha la capacidad psíquica de la evaluada como pretende instalar el impugnante. Reitera que la incapacidad encontrada en la evaluación se funda directamente en los episodios denunciados en las presentes actuaciones. Asimismo la experta sugiere continuar con el tratamiento psicológico individual que le permita elaborar el padecimiento y limitaciones psíquicas que sufre en el marco de una sesión semanal por el plazo de dos años.- En virtud de las consideraciones precedentes acreditada la incapacidad de orden físico y psíquico parcial y permanente ponderando la edad de la víctima a la fecha de la evaluación pericial (69 años) casada, dos hijos, estudios universitarios en el campo de la psicológica que vive con su marido y una hija mayor de edad como las conclusiones periciales antes referidas, propongo al acuerdo confirmar la suma fijada en la instancia de grado comprensiva de la incapacidad sobreviniente y el tratamiento recomendado (Art 165 del CPCC).- II.- Daño Moral El presente rubro prosperó por la suma de \$ 150.000.- El daño moral -en tanto configura un menoscabo a los intereses no patrimoniales- es el conjunto de sinsabores, angustias, pesares, sufrimientos, etcétera, que el injusto provocó en el damnificado; más allá de las secuelas de orden psíquico que el episodio pueda o no dejar en la víctima, según su peculiar sensibilidad y circunstancias personales (ver Cammarota, Antonio, ?Responsabilidad extracontractual. Hechos y actos ilícitos?, ed. Depalma, Buenos Aires, 1947, p. 102; Zavala de González, Matilde, "Resarcimiento de daños, T. 2b, pág. 593 y ss.; Zannoni, Eduardo A., ?El daño en la responsabilidad civil?,

Ed. Astrea, p. 287; C.N.Civ., Sala C, 22-12-2005, ?Vega Rubilan, Soria de las Mercedes c/ Transporte Automotor General Las Heras SRL?, LL, online; id., Sala E, 26-5-2006, ?Montalbetti, Carlos F. y otros c/ Microómnibus Sur SAC y otros?).- Para que surja el daño moral, es menester que, además de un eventual desmedro económico, concorra una ?repercusión en los intereses existenciales? del sujeto y no se reputa que suceda sólo ante molestias o inconvenientes de relativa entidad (Conf. Orgaz, ?El daño resarcible?, pág. 259). Lo que se repara es el resultado dañoso, el perjuicio susceptible de apreciación desde la óptica del entendimiento, de la sensibilidad o de la voluntad de la persona, no la actividad del responsable, hecho ilícito o incumplimiento contractual, etcétera, que ha sido sólo la causa eficiente de aquél (Zannoni, ?El daño en la responsabilidad civil?, Astrea, 1982, pág. 1982, pág. 231).- Reiteradamente ha sostenido nuestro Máximo Tribunal que, en lo concerniente a la fijación del daño moral debe tenerse en cuenta el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de responsabilidad y la entidad de los sufrimientos espirituales causados y por otra parte, que el reconocimiento de dicha reparación no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste (conf. C. S. J. N., 06/10/2009, ?Arisnabarreta, Rubén J. c/ E. N. (Min. de Educación y Justicia de la Nación) s/ juicios de conocimiento?; Idem., 07/11/2006, ?Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c/ Buenos Aires, Provincia de y Camino del Atlántico S.A. y/o quien pueda resultar dueño y/o guardián de los animales causantes del accidente s/ daños y perjuicios?, Fallos 329:4944; Id., 24/08/2006, ?Ferrari de Grand, Teresa Hortensia Mercedes y otros c/ Entre Ríos, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios?, Fallos 329: 3403; Id., 06/03/2007, ORI, ?Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios?, Fallos 330: 563, entre muchos otros).- Atento las constancias de la causa, entidad de las secuelas padecidas, y ponderando los padecimientos de índole espiritual que razonablemente pudo haber sufrido a consecuencia del hecho dañoso, sumado a la necesidad de una posterior cirugía a la que debió someterse a fin de extraer las gasas de su abdomen, considero adecuado y razonable el importe fijado en la instancia de grado por lo que propicio al Acuerdo su confirmación.- III.-Lucro cesante Se agravia la accionante por el rechazo en la sentencia recurrida de la presente partida indemnizatoria.- El lucro cesante se establece mediante la aportación de una prueba concluyente que permita establecer la merma que en patrimonio del damnificado ha determinado el accidente. La pérdida de ganancias que entraña el lucro cesante es un hecho cuya prueba incumbe a quien lo invoca y requiere, además, una demostración clara y efectiva, ya que no corresponde su reconocimiento sobre la base de meras inferencias. "el lucro cesante debe ser entendido en forma amplia teniendo en cuenta las posibilidades potenciales económicas de la persona que pudieran verse frustradas, con "abstracción de una realidad concreta" e inmediata realidad productiva". (Compagnucci de Caso, Rubén H. Indemnización del lucro cesante. Publicado en: LA LEY 11/04/2011, 1). El lucro cesante traduce la frustración de un enriquecimiento patrimonial: a raíz del hecho lesivo se impide a la víctima que obtenga determinados beneficios económicos. El lucro cesante es la ganancia de que fue privado el damnificado. . (López Mesa, Marcelo J. ? Trigo Represas, Félix A. Tratado de la Responsabilidad Civil. Cuantificación del Daño. Ed. La Ley. Pág. 77. Bs. As. 2006). Reiteradamente ha sostenido esta Sala que a fin de estimar esta pérdida resulta imprescindible aportar elementos de prueba reales y efectivos, toda vez que no pueden compensarse en dinero los daños meramente conjeturales o inciertos, o no demostrados por quien los alega. Para ello, la actora habrá de desplegar un mínimo de actividad probatoria tendiente a demostrar las alegadas ganancias efectivamente perdidas o dejadas de percibir como consecuencia del accidente, con datos extraídos de la realidad (C. N. Civ., esta Sala, 15/04/2010, Expte. 114.354/2003 ?Rendon, Juan Carlos c/Mazzoconi, Laura Edith?; Idem., id., 23/06/2010, Expte. 26720/2002 ?Pages, Mariano José c/ Laudanno, Andrés Fabián y otros s/ daños y perjuicios?; Id., id., 15/7/2010, expte. N° 45.251/1999, ?Gutenmajer, Miguel Ángel c/ Htal. Gral. de Infeciosos Francisco J. Muñiz y otros s/ daños y perjuicios?, entre muchos otros).- Sentado ello no obran en auto probanzas referidas a la merma alegada, es decir que no existe una prueba fehaciente tendiente a demostrar las ganancias efectivamente perdidas o dejadas de percibir en el desempeño de su actividad como psicóloga.- Reiteradamente hemos dicho que no es suficiente el hecho de acreditar una determinada ocupación u oficio, sino que también resulta necesario demostrar la pérdida sufrida por la actividad propia (C.N.Civ.; esta Sala, 17/11/2009, Expte. N° 95.419/05 ?Abeigón, Carlos Alberto c/ Amarilla, Jorge Osvaldo y otros s/ daños y perjuicios?, Idem., 30/3/2010, Expte. N° 69.932/2002, ?Ledesma, Ramona Graciela c/ Acosta, Miguel Ángel y otros?; Idem., id., 18/05/2010, Expte 58972/2005, ?Djenderedjian, Julio Cesar c/Brion Folga, Ángel Juan y otros? Idem.. id, Expte.N° 74.769/2010 ?Hernández Jorge Alcidez c/ Ruiz Alfredo Chanzapo y otros s/ daños y Perjuicios? Idem id, 5/4/2016, Expte N° 46124/2010 ?Paez Francisco y otros c/ Polonski José y otros s/daños y perjuicios? entre otras muchas).- Ello así, por cuanto el perjuicio debe surgir de pruebas que se asienten en bases concretas, reales y ciertas que hagan procedente el crédito que se reclama circunstancia que no se verifica en los presentes.- VII.- Intereses Se agravia la actora por la tasa de interés fijada en el considerando V del fallo apelado, solicitando la aplicación de la tasa activa.- Conforme la jurisprudencia y doctrina mayoritaria imperante en el fuero la tasa que corresponde aplicar desde el inicio de la mora y hasta el efectivo pago del capital de condena es la tasa activa carter general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina 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.- Por ello, ninguna duda cabe que si se determinaron los distintos montos indemnizatorios a la fecha de ocurrencia del hecho ilícito, corresponde aplicar la tasa activa desde el inicio de la mora hasta el cumplimiento de la sentencia (C. N. Civ., esta Sala, 28/09/2009 Expte. N° 101.903/2005 ?Ochoa, Raúl Vladimiro c/ Recoletos Argentina S. A.?; Idem., id., 19/11/2009, Expte. N° 115.969/2003 ?Rodríguez Ayoroa, Hilda Mabel c/ Deconti S.A. y otros?; Id., id., 4/5/2010 Expte. N° 28.910/2003, ?Colombo, Aquilino Manuel c. De Rosso, Héctor Eduardo?; entre otros).- Sin embargo, distinto criterio sostenemos cuando todos los rubros han sido estimados a la fecha de la sentencia de primera instancia (C. N. Civ., esta Sala, 11/02/2010, Expte. N° 52.629/2005, ?Solimo, Héctor Marcelo c/ Trenes de Buenos Aires y otro?; Idem., Id., 25/02/2010, Expte. N° 87.802/2000, ?Valdez Sandra Noelia c/ Urbano Alberto Daniel y otro?; Id., id., 15/3/2010, Expte. N° 40.230/2006 ?Benzadon, Ricardo José c. Guillermo Dietrich S. A. y otro?; Id. Id., 21/12/09 Expte. N° 43.055/99 ?Vivanco, Ángela Beatriz c/ Erguy, Marisa Beatriz y otros?; Id., id., 17/11/2009, ?Pierigh, Fabiana Claudia c/ Radetch, Laura Virginia y otros?), o al menos algunos de ellos han sido determinados tomando valores vigentes a la fecha del pronunciamiento de grado o de otro momento procesal como, por ejemplo, la fecha del dictamen pericial (C. N. Civ., esta Sala, 11/03/2010, Expte 114.707/2004, ?Valdez, José Marcelino c/ Miño, Luis Alberto del 11/3/2010; Idem., id., 27/4/2010, Expte. N° 92838/2001, ?Bertagni, Alberto Eugenio c/ Baron, Martín?, entre otros).- Ello así, por cuanto tal como sostuvimos las tres integrantes de esta Sala en oportunidad de pronunciarnos con la mayoría en el plenario Samudio, la aplicación de la tasa activa, que tiene por objeto mantener incólume la significación económica de la condena, puede implicar como un efecto no querido un resultado contrario y objetivamente injusto, produciendo una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido (Conf. C.N.Civ., esta Sala, 10/8/2010, Expte. N° 69.941/2005, ?Gutiérrez, Luis Alfredo y otro c/ Luciani, Daniela Cyntia y otros s/ daños y perjuicios?).- Cabe destacar que en la sentencia objeto de apelación, se ha fijado una indemnización a ?valor actual?, es decir, en tal oportunidad se ha producido la cristalización de un quid, no el reconocimiento de un quantum por lo que en el caso de autos, retrotraer la aplicación de la tasa activa ?a partir de cada daño objeto de reparación? importaría incurrir en un desplazamiento patrimonial injustificado.- En tal caso, se estaría computando dos veces la ?desvalorización? o ?depreciación? monetaria: una en oportunidad de fijar montos en la sentencia de grado (cristalización) y otra a través de la aplicación de una tasa de interés (la activa) que ya registra ese componente en su misma formulación.- Ello implica que la tasa activa no debe computarse cuando su aplicación en todo el período transcurrido ?implique una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido?.- Por tanto, en definitiva, a los efectos de no llevar a un enriquecimiento sin causa del peticionante y al correlativo empobrecimiento de su contraria, situación que no puede merecer amparo jurisdiccional, corresponde establecer la tasa pasiva promedio publicada por el Banco Central desde la fecha del hecho, hasta la fecha de la sentencia de grado y a partir de allí y hasta la fecha del efectivo pago, la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.- Por las consideraciones efectuadas, doy mi voto para que: a) Se declare desierto los recursos interpuestos a fs. 413 y fs. 415 concedidos a fs. 414 y fs. 416 respectivamente.- b) Establecer la tasa pasiva promedio publicada por el Banco Central desde la fecha del hecho, hasta la fecha de la sentencia de grado y a partir de allí y hasta la fecha del efectivo pago, la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.- c) Se confirme el fallo apelado en todo lo demás que ha sido objeto de apelación y agravio, con costas de Alzada a las vencidas (Art 68 del CPCC).- Tal es mi voto La Dra. Zulema Wilde adhiere al voto precedente.- Con lo que terminó el acto, firmando las Señoras Vocales por ante mí que doy fe.- Se deja constancia que la Vocalía N° 29 se encuentra vacante (art. 109 del R.J.N.) Buenos Aires, octubre ... de 2017.- Y VISTOS: Lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedentemente transcrito el Tribunal RESUELVE: a) Declarar desierto los recursos interpuestos a fs. 413 y fs. 415 concedidos a fs. 414 y fs. 416 respectivamente.- b) Establecer la tasa pasiva promedio publicada por el Banco Central desde la fecha del hecho, hasta la fecha de la sentencia de grado y a partir de allí y hasta la fecha del efectivo pago, la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.- c) Confirmar el fallo apelado en todo lo demás que ha sido objeto de apelación y agravio, con costas de Alzada a las vencidas (Art 68 del CPCC).- Para conocer los honorarios que fueran regulados a fs. 409/409 vta y que fueran apelados a fs 413, fs.415, fs.417 y fs. 418/419 respectivamente por altos y bajos- En atención a la naturaleza del proceso, calidad, eficacia y extensión del trabajo realizado, cantidad de etapas cumplidas, resultado obtenido, y de conformidad con lo dispuesto por los arts. 1, 6, 7, 9,10, 19,10, 37, 38 y conc. de la ley 21.839, y su modificatoria 24432 asimismo y merituando los trabajos desarrollados por los expertos se aplicará el criterio de la debida proporción que los emolumentos de los peritos deben guardar con los de los demás profesionales intervinientes en el proceso (conf. C.S.J.N., Fallos 236:127; 239:123; 242:519; 253:96; 261:223; 282:361) así como la incidencia que han tenido en el resultado del pleito y estimando elevados los emolumentos fijados en la instancia de grado corresponde fijar los honorarios del Dr. L. R. F. en la suma de pesos cien mil (\$100.000) y los del Dr. D. C. en la suma de pesos veinte mil (\$ 20.000), los del Dr. C. A R. en

la suma de pesos setenta mil (\$70.000) y los de la dirección letrada de la demandada OSPJN en la suma de pesos setenta mil (\$70.000) como los del perito contador C. H. U. en la suma de pesos diez mil (\$ 10.000) y los de la perito psicóloga Lic G. A. en la suma de pesos veintiún mil (\$21.000) y los del perito médico Dr. Jorge Rodríguez en la suma de pesos veintiún mil (\$21.000).- En atención al monto del proceso resultado obtenido complejidad y labor profesional respecto de la tarea desarrollado en la Alzada de conformidad con lo dispuesto en el art 14 de la ley de aranceles profesionales, según texto ley 24432 se regulan los honorarios del Dr. L. R. F. y D. L. C. en la suma de pesos treinta mil (\$ 30.000) los del Dr. C. A. R. en la suma de pesos diecisiete mil quinientos (\$ 17.500) y A. V. en la suma de pesos diecisiete mil quinientos (\$ 17.500).- Se deja constancia que la Vocalía N° 29 se encuentra vacante (art. 109 del R.J.N.).- Regístrese, notifíquese y comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acordada N° 15/13 art. 4°) y oportunamente devuélvase.- Fecha de firma: 10/10/2017
Alta en sistema: 17/10/2017 Firmado por: BEATRIZ ALICIA VERON, ZULEMA WILDE, JUEZ Co rrelaciones
Avila Raúl Alberto c/Pozzo Anibal D. y otros s/daños y perjuicios - Cám. Civ. y Com. Mercedes - Sala II -27/06/2017
022689E