

Danos Y Perjuicios Mala Praxis Medica Error De Diagnostico Estudios Incompletos

JURISPRUDENCIA

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

Estudios incompletos Se confirma el fallo que hizo lugar a la demanda de mala praxis, pues surge probado que existió culpa médica de parte de la demandada en el diagnóstico y tratamiento de la lesión del tobillo derecho del accionante. En la ciudad de San Justo, Provincia de Buenos Aires, a los 3 días del mes de julio de dos mil dieciocho, reunidos en Acuerdo Ordinario, los Señores Jueces de la Excelentísima Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial La Matanza para dictar pronunciamiento en los autos caratulados ?ROMERO ERNESTO C/ SERV. HOSP. SAN JUSTO S.A Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS?, Causa N° 5250/1, habiéndose practicado el sorteo pertinente -art.168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires-, resultó que debía ser observado el siguiente orden de votación: Dr. Posca- Dr. Pérez Catella- Dr. Taraborrelli; resolviéndose plantear y votar las siguientes: CUESTIONES 1°) ¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada? 2°) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? VOTACION A LA PRIMER CUESTION PLANTEADA EL Dr. RAMON DOMINGO POSCA dijo: I.- Los antecedentes del caso. A fs. 715/728 la señora juez de grado dicta sentencia haciendo lugar a la demanda promovida por Ernesto Miguel Romero contra ?Servicios Hospitalarios San Justo S.A?, la Dra. Cecilia Margarita Anabel Zgajnar Álvarez y Consolidar ART S.A? y, en consecuencia, condena a estos últimos a abonarle al primero la suma de \$280.000 en el término de 10 días, con más los intereses a la tasa pasiva digital. Extiende la condena contra ?El Progreso Seguros S.A?, ?Seguros Médicos S.A? y ?Federación Patronal Seguros S.A? en lo que exceda de la franquicia y dentro de los límites de la cobertura. Impone las costas a la parte demandada y difiere las regulaciones de honorarios para su oportunidad. A fs. 736 apela la sentencia Cecilia Margarita Anabel Zgajnar Álvarez. A fs. 741 apela la sentencia el Dr. Diego Javier Guadalupe en el carácter de letrado apoderado de ?Seguros Médicos S.A?. A fs. 743 apela la sentencia el Dr. Germán Alberto Stopiello en el carácter de letrado apoderado de ?Federación Patronal Seguros S.A?. a fs. 737, 742 y 744 respectivamente se conceden libremente los recursos interpuestos. A fs. 773 se radican las actuaciones por ante esta Sala Primera. A fs. 774 se llama a expresar agravios. A fs. 782 el Dr. Diego Javier Guadalupe, en carácter de ?Seguros Médicos S.A? se adhirió a la expresión de agravios de fs.783/793 por parte de Cecilia Margarita Anabel Zgajnar Álvarez. A fs. 794/796 expresa agravios el Dr. Germán Alberto Stopiello en carácter de letrado apoderado de ?Federación Patronal Seguros S.A?. A fs. 796 se corre traslado de las expresiones de agravios. A fs.797/798 contesta agravios la parte actora. A fs.799 se da a Cecilia Margarita Anabel Zgajnar Álvarez, al Dr. Diego Javier Guadalupe, a la Dra. María Carolina Fernández, al Dr. Alvarellos y al Dr. German Alberto Stopiello por decaído el derecho que han dejado de utilizar. Se llaman Autos para Sentencia. A fs. 800 se practica por Secretaría el sorteo correspondiente para el estudio y votación de la presente causa. I.1- Los agravios expresados por la codemandada Cecilia Margarita Anabel Zgajnar Álvarez y la adhesión de Seguros Médicos S. A. A fs. 782 Seguros Médicos S. A. adhiere a la presentación de agravios dela codemandada Cecilia Margarita Anabel Zgajnar Álvarez (fs. 783/793. En primer lugar se agravia en cuanto entiende que existió culpa médica de parte de la Dra. Zgajnar en el diagnóstico y tratamiento de la lesión del tobillo derecho del accionante. Entiende que es errónea la valoración de la Sra. Jueza de grado en cuanto afirma que su parte no habría ordenado estudios más complejos para llegar al diagnóstico correcto de fractura de calcáneo y que, como consecuencia, equivocó el tratamiento. Agrega que el diagnóstico de ?esguince de tobillo? no fue realizado por su mandante, ya que al examinarlo, presentaba un hematoma persistente en el tobillo derecho, que luego, persistiría en la última evaluación realizada por su parte el día 2/08/18. Argumenta que al momento de la última atención realizada, el diagnóstico de esguince de tobillo era correcto. Asimismo, entiende que es inexacta y carente de fundamento la afirmación de la Sra. Jueza en cuanto considera como un error de diagnóstico y tratamiento la indicación de retirar el Walker y el reemplazo de un vendaje elástico, ya que de la pericia médica de autos se desprende que ?... el reposo con el miembro elevado, la aplicación local con bolsa de hielo y la inmovilización enyesada con una bota corta, o el algunos casos con vendaje elástico adhesivo durante 3 a 4 semana son en general suficientes?. Afirma que ha quedado demostrado que, tanto el hospital Luis Güemes de Haedo como en la Clínica Solís, se le realizaron radiografías en las que no se evidenciaba la presencia de lesiones óseas. Continúa haciendo referencia a lo dicho por el Dr. Hermida, en tanto afirma que ?...la fractura de calcagno... son de difícil visualización con pares radiográficos simples?, por lo que entiende que su mandante ha incurrido en un error imputable a su acción. Finalmente, solicita se desestime íntegramente la demanda con respecto a la codemandada Zgajnar Álvarez. En segundo lugar, se agravia por haber sido receptado por la Sra. Jueza de grado el rubro incapacidad física, y por el monto del mismo. Aduce que no surge de autos que el supuesto daño físico en el actor haya configurado una merma en la capacidad productiva de dicha persona. Asimismo, se agravia por el 30% otorgado de incapacidad

parcial y permanente, por cuanto entiende, que la sentenciante ha olvidado y dejado de lado que las mismas son consecuencia directa del traumatismo sufrido por el accionante. Argumenta que su mandante nada tiene que ver con la enfermedad en el paciente, sino que los padecimientos, propios de su dolencia, son exclusivamente producto de la lesión que se le provocara al actor su caída, por lo que, solicita el rechazo del presente rubro. Entiende que no se puede imputar causalmente a su mandante por el resultado final del paciente, que obedeció en gran parte al proceso natural del propio accidente. Remarca que el tratamiento de una fractura de la porción anterior del calcáneo sin desplazamiento es incruento, mediante inmovilización y kinesiología. Tal como el que se le realizó al actor en la Clínica Solís, cita bibliografía que entiende respaldatoria. Solicita se revoque la sentencia en cuanto hace lugar al rubro Incapacidad Física. En cuanto a los montos de la condena, entiende que son elevados y desproporcionados, dado que la misma, o no argumenta debidamente la fijación de los mismos; o hace un uso indebido de la discrecionalidad de la que todo magistrado goza para determinar las sumas indemnizatorias en una sentencia. Cita jurisprudencia que entiende respaldatoria. Afirma que los rubros Incapacidad Física, Lesiones Físicas, Daño Moral están erróneamente concedidos, toda vez que el juzgador otorga más de lo pedido por el accionante, configurando así la violación al principio dispositivo. En tercer lugar, se agravia por la tasa aplicada. Entiende que no deben aplicarse intereses de la fecha del hecho, que esto implicaría una notoria injusticia y afectación del derecho de propiedad de su parte. Por lo que solicita la modificación de la tasa de interés fijada en la sentencia, se la reduzca a un mínimo porcentaje conforme a las disposiciones normativas que facultan establecer excepciones a la vigencia de la tasa moratoria legal. Asimismo, que los intereses se calculen desde la notificación de la demanda y no desde la fecha de los hechos cuestionados. Cita jurisprudencia que entiende respaldatoria. Por último, solicita se apliquen las costas por su orden, en tanto la demanda no ha sido receptada en todos los rubros pretendidos por los accionantes.

I.2- Los agravios expresados por ?Federación Patronal Seguros S.A?. En primer lugar, se agravia por la atribución de responsabilidad, que entiende sobre base meramente presunta. Argumenta que en la sentencia se da por acreditado que se habría incurrido en un error en el diagnóstico por parte de la Dra. Zgajnar Álvarez, y por ende, que hubo equivocación en la implementación del tratamiento, sin haberse evaluado adecuadamente las respuestas periciales en relación a dicha cuestión, como así tampoco las constancias médicas agregadas en autos. Agrega que el diagnóstico de ?esguince de tobillo? no fue realizado por la Dra. Álvarez, sino por el experto que la atendió en su primer consulta, con fecha 08 de julio de 2007 en el Hospital Interzonal de Agudos Prof. Dr. Luis Güemes de Haedo. Entiende que no es posible otorgarle la responsabilidad a la co-demandada cuando quedó demostrado en autos que al momento de la última atención realizada por la misma, el diagnóstico de esguince era correcto y coincidente entre todos los profesionales que habían atendido anteriormente a la actora. Aduna que no hay prueba que haya demostrado que la Dra. Zgajnar Álvarez haya actuado con negligencia y/o impericia. Entiende que considerar que haya obrar negligente por parte de la Dra. Álvarez, constituye una arbitrariedad, por lo que solicita se revoque el decisoria rechazándose la acción con costas. En segundo lugar, se agravia por los montos indemnizatorios reconocidos a la actora y de la fijación del monto otorgado al rubro Incapacidad Física. Entiende que el monto indemnizatorio fijado en la sentencia resulta injustificadamente desmesurado, dado que, no hay secuela funcional alguna quedando exclusivamente lo relativo a las secuelas propias de una fractura, independientemente del tratamiento que se haga. Solicita se reduzca sustancialmente el monto indemnizatorio en concepto de Incapacidad Física. En cuanto a la indemnización en concepto de Daño Moral, entiende que el razonamiento que derivó en el mismo es meramente conjetural, por lo que se reconoce a la demandante una suma exorbitante y desproporcionada, produciendo un enriquecimiento ilegítimo.

I.3- El traslado contestado por la parte actora. A fs. 797/798 la parte actora contesta el traslado de la expresión de agravios presentada por la codemandada Cecilia Margarita Zgajnar Álvarez y la adhesión de Seguros Médicos S. A. En primer lugar, se agravia en relación a la afirmación de la Dra. Álvarez en la cual expresa que no hay prueba de que haya actuado con negligencia y/o impericia. Cita la pericia médica del Dr. Hermida y argumenta que el perito médico acotó que la omisión incurrida respecto de estudios de mayor complejidad llevó a los facultativos intervinientes al diagnóstico equivocado de un esguince de tobillo derecho, cuando en realidad el actor presentaba un traumatismo de pie derecho con doble fractura de calcáneo, por lo que el tratamiento correcto debió haber sido inmovilización y yeso por espacio de 30 días, control radiográfico para ver signos de consolidación y posteriormente, tratamiento kinésico. En segundo lugar, se agravia por la utilización de la historia clínica de su mandante por parte del Dr. Stopiello German, toda vez que la sentenciante ha considerado a la misma como responsable de la práctica negligente de la ciencia médica, por lo que resultaría improcedente y devendría en un sin sentido la utilización de dicho historial clínico. Por último, en cuanto al agravio suscitado por la parte demandada respecto del rubro Incapacidad Física y por el monto del mismo, entiende debe tenerse en cuenta que la indemnización por dicho concepto tiene por finalidad cubrir no sólo las limitaciones de orden laborativo, sino también la proyección que aquella tiene con relación a las esferas de su personalidad, es decir, de sus seguridad, la reducción de su capacidad vital y el empobrecimiento de sus perspectivas futuras.

II.-La solución II.1 La responsabilidad médica Ha señalado la Suprema Corte de Justicia de La Provincia de Buenos Aires. ?La responsabilidad profesional, ha decidido reiteradamente esta Corte, es aquélla en la que incurre el que ejerce una

profesión, al faltar a los deberes especiales que ésta le impone y requiere, por lo tanto, para su configuración, los mismos elementos comunes a cualquier responsabilidad civil. Ello quiere decir que cuando el profesional médico incurre en la omisión de las diligencias correspondientes a la naturaleza de su prestación asistencial, ya sea por impericia, imprudencia o negligencia, falta a su obligación y se coloca en la posición de deudor culpable (art. 512, Cód. Civ.; conf. causas Ac. 31.702, sent. del 22-XII-1987 en ?Acuerdos y Sentencias?, 1987-V-355; Ac. 39.597, sent. del 13-IX-1988 en ?Acuerdos y Sentencias?, 1988-III-373; Ac. 38.114, sent. del 25-X-1988 en ?Acuerdos y Sentencias?, 1988-IV-79; Ac. 40.456, sent. del 15-VIII-1989 en ?Acuerdos y Sentencias?, 1989-II-823; Ac. 43.540, sent. del 9-IV-1991 en ?Acuerdos y Sentencias?, 1991-I-470; Ac. 45.177, sent. del 30-IV-1991 en ?Acuerdos y Sentencias?, 1991-I-574; Ac. 44.440, sent. del 22-XII-1992 en ?Acuerdos y Sentencias?, 1992-IV-612; Ac. 50.801, sent. del 21-XII-1993 en ?D.J.B.A.?, 146-156; Ac. 55.133, sent. del 22-VIII-1995 en ?Acuerdos y Sentencias?, 1995-III-279; Ac. 56.949, sent. del 9-IV-1996 en ?El Derecho?, 171-612; Ac. 59.937, sent. del 25-XI-1997 en ?D.J.B.A.?, 154-137; Ac. 62.097, sent. del 10-III-1998; Ac. 65.802, sent. del 13-IV-1999; Ac. 71.581, sent. del 8-III-2000 en ?La Ley Buenos Aires?, 2001-65; Ac. 75.676, sent. del 19-II-2002; Ac. 76.152, sent. del 17-XII-2003; Ac. 84.616, sent. del 3-III-2004; Ac. 87.859, sent. del 20-IV-2005). C. 96.834, ?R. , C. E. contra D. ,C., Daños y perjuicios?. 3 de marzo de 2010 SCBA LP C 96834 S 03/03/2010 Juez NEGRI (SD): ?Rule, Claudia Elisa c/Durante, Cayetano s/Daños y perjuicios?, B3900812 JUBA). II.2 La carga de la prueba Ha señalado la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires: ?En la mayoría de los casos en que se juzga la responsabilidad profesional del médico, se trata de situaciones extremas de muy difícil 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 los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva, el deber de hacerlo.? (SCBA LP C 121010 S 21/03/2018 Juez NEGRI (SD): ?García, Rodolfo Ricardo y otro contra Vasallo, Gabriela y otros. Daños y perjuicios?; SCBA LP C 120106 S 01/06/2016 Juez PETTIGIANI (SD): ?L. ,Z. L. c/ C. ,C. F. s/ Daños y perjuicios!; SCBA LP C 116629 S 01/04/2015 Juez DE LÁZZARI (MI): ?O. de A., I. E. y otro c/ Municipalidad de Necochea y otros s/ Daños y perjuicios?; SCBA LP C 112820 S 17/12/2014 Juez HITTERS (MA): ?Langoni, Adriana Marcela contra Hospital Italiano. Daños y perjuicios?; SCBA LP C 107510 S 11/09/2013 Juez DE LAZZARI (MA): ?Zamora, Analía y otros c/ UDEM, Municipalidad de Dolores y otro s/Daños y perjuicios?; SCBA LP C 116663 S 04/09/2013 Juez PETTIGIANI (SD): ?Camus, Isabel c/Hospital Zonal de Agudos Petrona Villegas de Cordero s/Daños y perjuicios?; SCBA LP C 111814 S 27/06/2012 Juez DE LAZZARI (SD): ?M. J., R. c/Hospital Regional Español s/Daños y perjuicios?; SCBA LP C 100061 S 30/11/2011 Juez PETTIGIANI (SD): ?Petrola, Gabriel A. y otro c/Piccioni, Holver y otros s/Daños y perjuicios?; SCBA LP C 97796 S 31/08/2011 Juez HITTERS (MI): ?Boragin, Osvaldo c/Hopital Municipal Eva Perón y otros s/Daños y perjuicios?; SCBA LP C 92810 S 27/04/2011 Juez HITTERS (MA): ?C. d. M. ,R. A. y o. c/C. S. P. S. y o. s/Daños y perjuicios?; SCBA LP C 102034 S 16/09/2009 Juez NEGRI (SD): ?M. ,R. D. y o. c/M. d. C. R. y o. s/Daños y perjuicios?; SCBA LP C 101543 S 24/06/2009 Juez NEGRI (SD): ?Avalos, Juan Ramón c/Hospital Profesor Bernardo Houssay y Municipalidad de Vicente López s/Daños y perjuicios?; SCBA LP C 98767 S 21/05/2008 Juez DE LAZZARI (SD): ?Manzano, Juan Andrés c/Clínica Privada Provincial S.A. y/o. s/Daños y perjuicios?; SCBA LP Ac 94212 S 26/09/2007 Juez RONCORONI (OP): ?G. ,A. B. c/G. ,J. O. s/Daños y perjuicios?; SCBA LP AC 82684 S 31/03/2004 Juez DE LAZZARI (SD): ?Abdelnur de Molina, Amalia Beatriz c/Meroni, José y otro s/ Incumplimiento de contrato y daños y perjuicios?, B27191 JUBA). La prueba de la culpa médica, también es la demostración de un deber de seguridad. En este aspecto la Suprema Corte de Justicia de La Provincia de Buenos Aires ha señalado: ?La prueba de la culpa del médico es indispensable, no porque la responsabilidad de éste se refleje en la entidad de la cual depende, en una responsabilidad indirecta, sino porque la prueba de aquella culpa sería la demostración de la violación del deber de seguridad, que como obligación tácita se halla comprendida en el contrato asistencial, y cuya omisión genera la responsabilidad directa de la entidad contratante, además de la que concierne directa y personalmente al profesional.? (SCBA LP C 119733 S 28/06/2017 Juez GENOUD (MA): ?G., A. G. contra Hospital Zonal General Horacio Cestino de Ensenada y otros s/ Daños y perjuicios?; SCBA LP C 120447 S 08/03/2017 Juez DE LÁZZARI (SD): ?Samaniego, Héctor W. y otros contra Caldevit S.A. s/ Daños y perjuicios?; SCBA LP C 111812 S 27/06/2012 Juez GENOUD (SD): ?Molleker de Balsamello, Rosa Elvira c/Asociación Hospital Italiano Regional del Sur y otro s/Daños y perjuicios?; SCBA LP C 105772 S 09/06/2010 Juez KOGAN (SD): ?Etchegaray, Martha María Victoria c/IPENSA. Instituto Privado Clínico Quirúrgico Diagnóstico y Tratamiento S.A. s/Daños y perjuicios?; SCBA LP C 101294 S 15/04/2009 Juez PETTIGIANI (SD): ?R. ,A. V. y o. c/S. M. A. S. y o. s/Daños y perjuicios SCBA LP C 98767 S 21/05/2008 Juez DE LAZZARI (SD) : ?Manzano, Juan Andrés c/Clínica Privada Provincial S.A. y/o. s/Daños y Perjuicios?; SCBA LP Ac 87884 S 14/12/2005 Juez DE LAZZARI (SD): ?Berto de Ciappa, Mirta Noemí c/Instituto Médico Platense S.A. y otros s/Incumplimiento de contrato?; SCBA LP Ac 84616 S 03/03/2004 Juez NEGRI (SD): ?Novoa, Juan y otros c/Provincia de Buenos Aires s/Daños y perjuicios?; SCBA LP Ac 58720 S 12/08/1997 Juez HITTERS (SD): ?Doñate de Sepúlveda, Palmira Teresa y otros c/Clínica ?Los Cedros? S.A. s/Daños y perjuicios?; Publicación: AyS 1997 IV, 69 SCBA LP Ac 50585 S 15/11/1994 Juez SAN

MARTIN (SD): ?Schmit, Alfredo Omar c/O.S.P.I.N. ?Cruz Médica San Fernando? s/Daños y perjuicios Publicación: AyS 1994 IV, 212; DJBA 148, 103; ED 165, 682 Publicación: JA 1995 III, 387 SCBA LP Ac 46712 S 04/08/1992 Juez PISANO (SD): ?Bellmann, Gerardo Diego c/Asociación Médica Lomas de Zamora s/Daños y perjuicios?: AyS 1992 II, 666; ED 150, 116 B22157 JUBA).

II.3 El error de diagnóstico Ha decidido la Suprema Corte de Justicia de La Provincia de Buenos Aires: ?El error de diagnóstico, para deducir de él la responsabilidad, debe patentizar la negligencia o impericia en la averiguación de las causas motivadoras de la enfermedad; debiendo juzgarse con prudencia y cuidado para no magnificar el simple error de diagnóstico, de por sí insuficiente para engendrar la obligación de resarcir. Ello así, porque en una rama del saber donde predomina la materia opinable, resulta difícil fijar contornos para limitar qué es lo correcto y qué no lo es. Al médico es exigible el grado de capacidad y diligencia usual, común a los miembros de su profesión.?(SCBA LP C 93918 S 04/11/2009 Juez PETTIGIANI (MA): G. ,J. C. y o. c/H. M. S. J. d. C. y o. s/Daños y perjuicios SCBA LP Ac 91215 S 05/04/2006 Juez RONCORONI (SD): #U. ,C. c/N. ,C. F. y o. s/Daños y perjuicios?, B28308 JUBA). En este aspecto y sin perjuicio de la aplicación de las cargas dinámicas de la prueba y del deber de cooperación que también se impone, anticipo que en el caso concreto el actor ha probado el error de diagnóstico. (Doct. Art. 375 CPCC). II. 4 El caso concreto II. 4. a La fundamentación de la sentencia apelada. La señora juez de grado ha interpretado que el error de diagnóstico en el caso no resultaba excusable. Se ha fundado la solución en la pericia médica cuyo alcance, a mi entender, en cuanto a la determinación del error de diagnóstico, no ha sido suficientemente controvertida por el apelante. Ha señalado la señora jueza de primera instancia: ?Enfocados en el caso, se aprecia que la prueba relevante para dirimir esta controversia, realizada por el perito médico, Ricardo Hermida, da la razón al accionante. (Artículo 384 C.P.C.C).? ?En efecto, observo que el perito médico, Ricardo Hermida dictaminó, en base a los estudios y examen médico realizado y el cotejo de lo asentado en los antecedentes médicos que, se había incurrido en un error en el diagnóstico y por ende, que hubo equivocación en la implementación del tratamiento. En este orden, el experto en medicina apuntó que no se realizaron estudios de mayor complejidad respecto de la lesión sufrida por el señor Romero, como ser TAC o resonancia magnética oportunamente y que por esa razón, no se había llegado a diagnosticar la fractura del calcáneo, la cual, era de difícil visualización con simples imágenes radiológica (fs. 527/ 534 y fs.687). El Doctor Hermida explicó que la omisión incurrida respecto de estudios de mayor complejidad llevó a los facultativos intervinientes al diagnóstico equivocado de un esguince de tobillo derecho, cuando, en realidad el señor Romero presentaba un traumatismo de pie derecho con doble fractura de calcáneo. El perito médico acotó que según los antecedentes médicos, se llegó tardíamente al diagnóstico de fractura del calcáneo y que el tratamiento correcto debió haber sido inmovilización y yeso por espacio de 30 días, control radiográfico para ver signos de consolidación y posteriormente, tratamiento kinésico. (fs. 527/ 534 y fs. 687).? ?Ahora bien, constato que el dictamen pericial tiene respaldo en las constancias médicas que llevan el membrete de ?Consolidar ART S.A. BBVA, las que acreditan la atención médica prestada por la mentada ART S.A. demandada a través de la prestadora, Servicios Hospitalarios San Justo S.A. en la clínica Solís de San Justo.? ?De tales constancias se desprende que, el 9 de Julio del 2008, el Dr. Sayegh expresó el diagnóstico de esguince de tobillo derecho, la presencia de edema inflamatorio y hematoma permaleolar externo y apoyo doloroso, que la movilidad se encontraba limitada y la entrega de Walker. En cuanto al tratamiento, sugirió diclofenac 75 mg, reposo y crioterapia. Que, luego, el 12 de julio de ese año, se verifica la intervención la codemandada, doctora Cecilia Zgajnar Álvarez, quien, constata la existencia de un hematoma persistente en el tobillo derecho, y decide el retiro del Walker y la colocación del vendaje elástico y da la indicación que continúe con muletas al paciente. También surge que dicha profesional controla al paciente el 19 de julio de ese año y consigna en la historia clínica: ?Tobillo derecho persiste hematoma en pie y edema, se solicita radiografía de control y 10 sesiones de kinesiología para el tobillo y el pie ?. Que posteriormente, el 2 de agosto del 2008, la Doctora Zgajnar Álvarez, realiza otro control e informa: ?Persiste edema. Equimosis. Retiro muletas. Se solicitan 10 sesiones más de kinesiología (tobillo derecho). Así también se lee que, en ese contexto, el señor Romero realiza sesiones de kinesiología y que finalmente, se le dio el alta el 19 de agosto de ese año (fs.72/90).? ?Luego, tengo el convencimiento de que el peritaje exhibe una adecuada fundamentación y que por eso, sus conclusiones merecen ser adoptadas, en el sentido de que la actuación médica de no se ajustó a una práctica adecuada de la medicina, puesto que, como lo dictaminó el Doctor Hermida, no se ordenaron estudios más complejos que requería el caso para llegar al diagnóstico correcto de la fractura del calcáneo, y consecuentemente se equivocó el tratamiento (artículos 384 y 474 del C.P.C.C.).? ?Se hace notar lo evidenciado en la reseña del historial médico respecto de la doctora, Zgajnar Álvarez, al disponer, el retiro del Walker y el reemplazo por un vendaje elástico, días después de la ocurrencia de la lesión, cuando el cuadro requería la inmovilización del tobillo con el yeso por más 30 días y al limitarse a ordenar placas radiográficas.? (Ver sentencia apelada fs. 722 vta./723 vta). Anticipo que estos aspectos del fallo apelado no se han controvertidos suficientemente en esta Alzada, de modo que los apelantes no han demostrado que haya sido errónea la valoración e interpretación de la prueba producida respecto a la demostración del error de diagnóstico. Insiste el apelante, en particular ?Federación Patronal de Seguros S.A.?, en sostener que con anterioridad a su intervención médica, el actor

fue tratado en otro nosocomio y que su prestación ha sido conforme a las reglas de la lex artis y ¿que en caso de haber existido la frustración en el resultado esperado, éste tiene causas ajenas a su actividad y/o que no ha podido ser evitado?. (Ver expresión de agravios fs. 783 vta). Si bien todo diagnóstico y tratamiento tienen un alea y prevalece el carácter de obligación de medios de la prestación médica, lo concreto es que la sintomatología que presenta un paciente no necesariamente debe obedecer a una determinada causa, pudiendo tener también su origen en otras patologías o daños físicos. En consecuencia, el error de diagnóstico debe sustentarse en la negligencia en la dilucidación de las verdaderas causas del caso médico. En este aspecto la falta de prescripción de estudios de rutinas más eficientes que las simples radiografías constituye una omisión que ha contribuido a un diagnóstico equivocado sobre la lesión que efectivamente experimentaba el actor. Para ello y sin exceder las prácticas razonables para no incurrir en un abuso de la aparatología, ¿por las dudas? que podrían exponer a los pacientes a fatigosas y costosas rutinas, lo cierto es que los médicos al advertir determinados síntomas que podrían revelar las características de diferentes lesiones físicas, deben utilizar razonablemente todos los medios tecnológicos disponibles en la medicina moderna, en particular aquellos que permiten obtener imágenes más certeras sobre el estado óseo del paciente. En este aspecto, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha señalado: ¿Un diagnóstico se establece progresivamente, y la cuestión no es tanto la de saber si un médico puesto al día ha cometido un error, sino la de precisar de qué medios dispone la medicina actualizada para asegurar un diagnóstico exacto y si en el caso tales medios han sido empleados o no, y en la negativa, porque no han sido empleados.?(SCBA LP C 99981 S 15/04/2009 Juez PETTIGIANI (SD): ¿S. ,M. A. y o. c/M. ,J. F. s/Daños y perjuicios?; SCBA LP Ac 91215 S 05/04/2006 Juez RONCORONI (SD): ¿U. ,C. c/N. ,C. F. y o. s/Daños y perjuicios?, B28306 JUBA). SCBA LP C 99981 S 15/04/2009 Juez PETTIGIANI (SD): ¿S.M. A. y o. c/M. ,J. F. s/Daños y perjuicios?, B28306 JUBA). Correspondía a los apelantes demostrar que bastaban con las radiografías obtenidas y en particular considerándose sus características para poder advertir que no se trataba de una fractura del calcáneo. Es decir la demandada debió haber probado que no eran necesarios otros estudios con mayor tecnología. Tampoco la parte demandada ha probado que la relación causal obedeciera o un agravamiento de la lesión diagnosticada por abandono del tratamiento o de una causa extraña a su intervención médica. Los estudios realizados han sido insuficientes, indudablemente, de modo que sobre esa base es posible determinar que ha mediado un error de diagnóstico para establecer que el actor experimentaba esguince de tobillo. No basta con criticar la sentencia apelada con alusión a que el señor juez de grado ha hecho suyas las afirmaciones del perito en cuanto a que el demandado ¿no habría ordenado estudios más complejos para llegar al diagnóstico correcto de fractura de calcáneo y que, como consecuencia equivocó el tratamiento? (Ver expresión de agravios fs. 784).

Si bien afirma el apelante que esa interpretación es errónea, no cuestiona suficientemente los fundamentos de la pericia médica y tampoco demuestra que sea incorrecta su apreciación judicial. El diagnóstico ha sido efectuado sobre la base de estudios que el perito médico ha considerado insuficientes, con mayor razón cuando en todos los casos las radiografías no evidenciaban la fractura del calcáneo, hipótesis que no cabría descartar sin otros estudios de rigor. No basta con guiarse exclusivamente con radiografías que no evidencian la presencia de lesiones óseas (Ver expresión de agravios fs. 785) Inclusive el apelante afirma que ¿La bibliografía especializada describe que el diagnóstico de una fractura de calcáneo, como la que en definitiva presentó el actor, suele ser muy dificultosa y es habitual que sea tratada como un esguince de tobillo. Téngase en cuenta que LA FRACTURA NO ESTABA DESPLAZADA Y ERA DE MUY DIFÍCIL VISUALIZACIÓN? (Ver expresión de agravios fs. 735). En consecuencia, la codemandada apelante, con la adhesión de ¿Seguros Médicos S. A.?, admite que el actor experimentó fractura de calcáneo en vez de esguince de tobillo como se diagnosticó sobre la base de radiografías. Por otra parte, si admite que la fractura no estaba desplazada y era de muy difícil visualización, correspondía se arbitraran todos los estudios necesarios y alcance de la medicina moderna, sin el límite de las radiografías. Debe tenerse en cuenta que si bien el letrado apoderado de la codemandada Cecilia Margarita Anabel Zgajnar Álvarez, afirma ¿que ¿el diagnóstico de tobillo? no fue realizado por su mandante? (Ver expresión de agravios fs. 784), lo concreto es que la mencionada profesional intervino en consultas y controles (Ver Historia Clínica y reseña de la sentencia apelada) y que en la expresión de agravios sostiene que ¿el diagnóstico de esguince de tobillo era correcto? (Ver fs. 784 vta.). Por otra parte, la codemandada al absolver posiciones, reconoce que es cierto que le diagnosticó al actor esguince de tobillo (Ver absolución de posiciones, pliego fs. 493, 1ª pos. Fs. 494). En este contexto no puede invocarse un simple error de diagnóstico. La apelante afirma que con fecha 12/07/08 el actor es asistido por primera vez en la clínica demandada, quien en el examen médico presentó ¿hematoma persistente en tobillo derecho? (Ver expresión de agravios fs. 784). ¿Por ello mi mandante decide retirar el Walker, coloca vendaje elástico indica deambulacion con muletas. Y cita a control para el día 19/7/08?. (Ver expresión de agravios fs. 789).

De modo que resultó erróneo el diagnóstico de esguince de tobillo derecho efectuado por la Clínica Solís con fecha 9/07/2008, y continuado el día 12/07/08 por la codemandada Cecilia Margarita Anabel Zgajnar Álvarez en su primera intervención. (Ver Historia Clínica fs. 77). Debe tenerse en cuenta, no obstante los síntomas dolorosos, al actor solo se le practicó RX de tobillo derecho. El día 13/08/2018 se practica ecografía del tobillo derecho. (Ver fs. 82). Debe tenerse en cuenta que: ¿El calcáneo es el hueso del tarso

que se fractura con mayor frecuencia y el que presenta mayor probabilidad de tener lesión bilateral. Son fracturas complejas, con mala reputación, por sus secuelas funcionales, sociales, económicas y legales. Las dificultades que plantean las fracturas del calcáneo surgen de la naturaleza esponjosa del hueso, de su forma y del polimorfismo fracturario. El adelanto técnico de la imagenología permite realizar un diagnóstico correcto, base fundamental para la elección del tratamiento. La evaluación de los resultados varía según los métodos utilizados, haciendo difícil la comparación de los mismos. Restituir una buena congruencia articular subastragalina y devolver al calcáneo su forma dependerá de una adecuada elección y correcta ejecución del tratamiento, habitualmente quirúrgico; sin embargo, el método incruento aplicado correctamente en fracturas sin desplazamiento, conminutas o en pacientes con contraindicaciones para la cirugía, puede dar resultados preferibles a los de una operación insuficiente o mal realizada. (Rev. Asoc. Arg. Ortop. y Traumatol. Vol. 61, N° 3, págs. 283-296 Dr. ANDRES H. PINTO www.aaot.org.ar/revista/1993_2002/1996/1996_3/610303.pdf)

Estudio radiológico A pesar de ser el calcáneo en gran parte superficial (menos en sus caras anterior y superior), por estar montado por el astrágalo y el pilón tibial el estudio radiológico de la articulación subastragalina es dificultoso. Aún cuando no existe criterio uniforme sobre la conveniencia de radiografías comparativas del otro pie la frecuente bilateralidad de las lesiones así lo aconseja y también es conveniente para determinar con precisión el ángulo de Böhler y detectar anomalías congénitas. La frecuencia de lesiones asociadas (fracturas de columna, del astrágalo, de la tibia, de muñeca, etc.) hace que ante la mínima sospecha de lesión sean solicitadas radiografías de esos otros segmentos corporales? Siguiendo a la mayoría de los autores todo calcáneo potencialmente fracturado es estudiado con un mínimo de tres proyecciones: anteroposterior del pie o dorsoplantar, perfil y axial talámico. La tuberosidad se debe trazar sobre ella el ángulo articular de De Langre, normalmente obtuso, que se vuelve recto o agudo en los hundimientos talámicos. Rev. Asoc. Arg. Ortop. y Traumatol. Vol. 61, N° 3, págs. 283-296 Fracturas del calcáneo Dr. ANDRES H. PINTOS www.aaot.org.ar/revista/1993_2002/1996/1996_3/610303.pdf)

Cuando el mecanismo de lesión fue la inversión forzada con flexión plantar del pie y se sospecha avulsión de la apófisis mayor del calcáneo, se realiza una radiografía oblicua plantar como propusiera Isherwood. No obstante, hay que recordar que todas estas incidencias pueden dar imágenes distintas, debido a la modificación de las carillas que provocan las fracturas; por lo tanto si bien sirven en los huesos sanos, no sucede siempre sí en los calcáneos fracturados y con hundimiento talámico. Como lo describiera Letournel, también se utilizan eventualmente tomografías lineales en cortes delgados, para estudiar fracturas intraarticulares, en pacientes con mucho dolor, en enyesados y cuando no pueda realizarse una TAC. Es destacable la importancia de la TAC en el estudio de las fracturas del calcáneo, tanto en las agudas (para visualizar la articulación subastragalina, los trazos sagitales y el hundimiento) como en las antiguas, para objetivar el daño articular que pudiera ser causa de dolor e incapacidad remanentes? www.aaot.org.ar/revista/1993_2002/1996/1996_3/610303.pdf)

La RMN, por las imágenes de partes blandas que brinda, puede ser de utilidad en secuelas como compresión de tendones peroneos, atrapamientos nerviosos, daño en la almohadilla del talón, etc. www.aaot.org.ar/revista/1993_2002/1996/1996_3/610303.pdf El mayor adelanto técnico de la imagenología (TAC, RMN) permite realizar un diagnóstico correcto, base fundamental para la elección del procedimiento a utilizar La evaluación de los resultados varía según los métodos utilizados, haciendo difícil la comparación de los mismos. www.aaot.org.ar/revista/1993_2002/1996/1996_3/610303.pdf)

En el caso concreto el perito médico Dr. Hermida, considerando la documentación médica, afirma que En un primer momento, el actor fue asistido en el Hospital Prof. Luis Güemes de Haedo, donde se le diagnosticó un esguince del tobillo derecho. Posteriormente continuo el tratamiento en la Clínica Solís siendo atendido por distintos profesionales, por el mismo diagnóstico, con tratamiento incruento con buena evolución. (Ver fs. 528). ... Tanto en el hospital Luis Güemes de Haedo como en la Clínica Solís se le realizaron radiografías en las que no se evidenciaba la presencia de lesiones óseas...6) La bibliografía especializada describe que el diagnóstico de una fractura del calcáneo, como la que en definitiva presentó el actor, suele ser muy dificultosa y es habitual que sea tratada como un esguince de tobillo. La fractura no estaba desplazada y realmente era de muy difícil visualización? (Ver fs. 528). Sostiene el perito: Es muy importante remarcar que el tratamiento de una fractura de la porción anterior del calcáneo sin desplazamiento es INCRUENTO, mediante inmovilización y kinesioterapia como el que se le realizó al actor en la Clínica Solís. (Ver fs. 528). Con cita de bibliografía específica, cita textualmente el perito médico: Las fracturas mínimamente desplazadas de esta tuberosidad anterior pueden pasar desapercibidas con facilidad debiendo sospecharse en aquellos pacientes que no se recuperan adecuadamente de un esguince de tobillo? (Ver pericia médica fs. 528 vta). Las fracturas extraarticulares que afectan al cuerpo, a la tuberosidad anterior o a la tuberosidad posterior del calcáneo pueden tratarse mediante inmovilización? (Ver pericia médica fs. 528 vta). El perito médico Hermida en las conclusiones, Finalmente y a modo de resumen, debemos mencionar que el actor como consecuencia de un traumatismo del tobillo derecho fue asistido en el Hospital Luis Güemes de Haedo donde le diagnosticaron un esguince de tobillo?. Posteriormente fue asistido en la Clínica Solís por el Dr. Sayegh, quien realiza un examen físico y solicita una nueva radiografía en la que no se

observaron lesiones óseas, confirmando el mismo diagnóstico que el dado en el Hospital de Haedo? (Ver pericia médica fs.528 vta).

Se sabe que el actor realizó tratamiento kinésico. Ello con anterioridad al diagnóstico correcto. (fractura del calcáneo). Después que el actor es atendido por la clínica demandada (continuó con tratamiento kinésico hasta el 19/8/08), y luego de la consulta con otros profesionales médicos, con el estudio RMN (Ver fs. 7), con fecha 12/9/08, se observa presencia de trazo de fractura en el sector anterior del hueso calcáneo, adopta un trayecto oblicuo extendiéndose desde el margen externo del calcáneo y dirigiéndose en sentido anterior hasta la superficie articular con el hueso cuboides. Este trazo de fractura presenta un ligero desplazamiento óseo que toma contacto con la cara externa del calcáneo. Hay edema óseo adyacente. Aumento de líquido articular subastragalino, con presencia de cambios inflamatorios en proyección del seno del tarso interlíneas articular tibioastragalina conservada sin evidencia de lesiones osteocondrales. Tendón de Aquiles sin alteraciones. Aponeurosis plantar de características normales. Hay discretos signos de edema óseo en relación al hueso cuboides sin evidentes trazos de fracturas. Estructuras tendinosas sin alteraciones? (Ver pericia médica fs. 529). Evidentemente con las radiografías requeridas por la clínica demandada no fue posible determinar un diagnóstico correcto. El estudio RMN al respecto dio otros resultados que un cuadro de esguince de tobillo. También el otro estudio TAC prescripto por otros profesionales médicos, realizados después de la intervención de la clínica demandada, evidencia que la lesión del actor se relacionaba con fractura de calcáneo. Explica el perito médico Dr. Hermida, con relación al estudio referido: ?A fs. 8 TAC de ambos tobillos de fecha 3/10/08. El examen del tobillo izquierdo se encuentra dentro de los parámetros normales. La evaluación del tobillo derecho mostró la presencia de un trazo de fractura que afecta la porción medial y anterior del calcáneo, particularmente, comprometido a la base del sustentaculum. Amplia diastasis fragmentaria impresiona existir un segundo trazo de fractura en situación ligeramente lateral respecto al antes mencionado. Espacio subastragalino conservado, no observándose fragmentos óseos en su interior?. ?A fs. 8 Certificado de fecha 24/10/08 fractura de porción medial y anterior de calcáneo. ?(Ver pericia médica fs. 529 vta). Debe tenerse en cuenta que el actor experimentó un traumatismo de pie derecho con doble fractura de calcáneo que se diagnosticó después de 60 días, aproximadamente, de sus primeras atenciones médicas y por profesionales médicos distintos a los demandados, quienes en su oportunidad determinaron que la lesión era esguince de tobillo derecho. (a partir del 8 de julio de 2008) y La Resonancia realizada en otro establecimiento médico, con fecha 12 de septiembre de 2008 (Ver informe Tesla reconocido por su emisor a fs. 585) ha permitido con intervención de profesionales médicos distintos a los demandados, diagnosticar la fractura del calcáneo. Lo cierto es que al persistir el dolor y edema y una vez concluida la intervención médica de la parte demandada, otros profesionales solicitan RNM de pie para evaluar lesiones de partes blandas. Además se realizó TAC de pie derecho que confirma la fractura con diastasis fragmentaria amplia ante la persistencia del dolor y edema. (Ver pericia fs. 529 vta). Debe tenerse en cuenta que la actora continuó su tratamiento en la Clínica Solís hasta que la ART dictaminó que no correspondía mantener la cobertura por considerarse que no se trataba de un accidente in itinere. (Ver CD de fecha 8/08/2008 enviada por Consolidar ART, obrante a fs. 10). De modo que resultó erróneo el diagnóstico de esguince de tobillo derecho efectuado por la Clínica Solís con fecha 9/07/2008. (Ver Historia Clínica fs. 77). Debe tenerse en cuenta, no obstante los síntomas dolorosos, al actor solo se le practicó RX de tobillo derecho. El día 13/08/2018 se practica ecografía del tobillo derecho. (Ver fs. 82). Hasta entonces, se insistía en el diagnóstico esguince de tobillo derecho. El actor ingresa con el mismo diagnóstico en el Instituto de Haedo y copia de la hoja de guardia se informa que ?ingresa por artralgia de tobillo, refiere tres meses....tratado por esguince en ART. , presenta TAC que se observa fractura de calcáneo derecho...? (Ver fs. 99/100). Si bien las radiografías pueden constituir un estudio necesario para determinar la fractura del calcáneo, ello no significa que en todos los casos constituya un recurso suficiente. En el caso concreto las radiografías no fueron suficientemente óptimas para visualizar las imágenes. Lo difuso en este caso requería otros estudios para un diagnóstico certero. Con mayor razón cuando transcurrido un tiempo razonable (3 o 4 semanas) subsisten los mismos síntomas que erróneamente se atribuyeron a un esguince de tobillo derecho. El actor presentaba dolor en la zona del talón y tobillo con hinchazón, síntomas también relacionados con la fractura de calcáneo. Una vez diagnosticada la fractura del calcáneo era necesario TAC para determinar el tipo de fractura. La medicina moderna prescribe estudios mucho más sofisticados una radiografía e inclusive este estudio no debe ser elemental al contarse con recursos de RX con otras modalidades. A veces es necesario prescribir varias radiografías para observar las distintas partes del talón. Es importante la Tomografía computarizada (TAC) que en la clínica demandada no se efectuó. Este estudio computarizado permite obtener imágenes del talón y observar si han fractura u otros daños en los tejidos. También son importantes las imágenes por resonancia magnética (IRM) que por la utilización de imanes potentes y una computadora se pueden observar imágenes del talón. Este estudio puede demostrar daño al tejido o ligamento. También se puede utilizar el Escán óseo que constituye una prueba para examinar el talón y que puede demostrar si hay una fractura o infección.

La importancia de estudios más sofisticados se justifica con mayor razón cuando las radiografías no resultan suficientes. En este aspecto el perito médico sostiene que ?El examen radiográfico de rutina puede ser insuficiente, y de ser necesario se hará bajo anestesia local o general en mecanismo forzado de inversión, con lo que se obtendrá un amplio bostezo o la luxación astragalina. La

necesidad de establecerlo rigurosamente estriba en que la reparación quirúrgica del ligamento externo está pocas veces indicada. ? (Ver fs. 531). Inclusive para la hipótesis de esguince en eversión forzada (que no es el diagnóstico del caso), el perito médico afirma: ?También en este caso un examen radiográfico con anestesia en posición de eversión forzada nos indicará la elección entre el enyesado incruento por 4 semanas o la reparación quirúrgica de ambos ligamentos? (Ver fs. 531). Si esas prescripciones médicas son necesarias en un caso de esguince de tobillo, mayor exigencia se impone cuando siguiendo los síntomas no corresponde descartar otra secuela. También debe tenerse en cuenta que el perito médico señala que ?Las fracturas del calcáneo son relativamente frecuentes en la edad media de la vida, cuando el hombre está expuesto a caer de pie desde una cierta altura, andamio, escalerilla, de un rodado en movimiento, etc. Como el calcáneo es un hueso esponjoso, se aplasta o estalla ante la compresión ejercida por el peso del cuerpo y el suelo que lo detiene en sentido contrario? (Ver pericia fs. 531/vta). La causa de la caída del actor en la estación ferroviaria podría vincularse con estas acciones e incidencias que exponen a un fractura del calcáneo. Habíamos dicho que las radiografías a veces pueden ser insuficientes para determinar el diagnóstico. Las características de los huesos esponjosos dificulta observar los trazos fracturarios. De allí se torna necesario otros estudios. Afirma el perito médico: ?Es necesario hacer esta apreciación indirecta, pues hay que recordar que tratándose de huesos esponjosos, especialmente si las radiografías no son muy buenas, es muy difícil ver los trazos fracturarios, y tal como ocurre con los cuerpos vertebrales, la disminución de la altura es la que demuestra la existencia de un aplastamiento trabecular? (Ver fs. 531 vta). Las fracturas del calcáneo no son en todos los casos similares. Esa diferencia torna necesario estudios suficientes para determinar el tipo de fractura. Ello lo explica suficientemente el perito médico. No se advierte que la clínica demandada haya seguido estas prescripciones al partir de un diagnóstico equivocado. Afirma el perito médico: ?Angulo túbero-articular de BÖHLER. En una radiografía de perfil del pie, se traza una línea desde el límite posterosuperior de la articulación talocalcánea hasta el borde superior de la tuberosidad mayor del calcáneo. Esta línea debe formar un ángulo de 38° a 41° con una segunda línea del límite posterosuperior de la articulación talocalcánea al límite articular superior de la articulación calcáneocuboidea. De todos modos, el calcáneo puede fracturarse de distintas maneras, el trazo puede llegar a lo cortical de la cara inferior o dividir la tuberosidad mayor transversalmente, quedando abierto hacia atrás en pico de pato. En fin, las carillas articulares pueden estar hundidas, separadas o visiblemente inclinadas o destruidas. También puede haber fracturas parcelares del extremo de la apófisis mayor del calcáneo. Clínicamente, llaman la atención el dolor y la tumefacción, que a veces es considerable, pues tratándose de un hueso muy irrigado se produce una gran infiltración hemática de todo el talón. Las fracturas en pico de pato son fácilmente palpables. No debe omitirse la radiografía, pero conviene recordar que, aparte del perfil que nos muestra el calcáneo en toda su extensión, para sacar otra incidencia perpendicular debemos recurrir a la técnica dorsoplantar, con la región aquilea apoyada en la placa y el rayo inclinado desde la planta, tratando de llevar el pie a la flexión dorsal máxima posible o sea, la proyección axil de calcáneo? (Ver pericia médica fs. 531 vta./532). (El subrayado pertenece al Tribunal). Es muy importante diagnosticar la fractura del calcáneo y administrar el tratamiento adecuado para neutralizar secuelas. (Ver pericia médica fs. 532/ vta). Es importante destacar que el perito expresa que ?Es difícil que los tratamientos conservadores por mejor resultado que den, no dejen un pie dolorido al menor movimiento de everso-inversión que, si el paciente soporta, cederá finalmente en poco más de dos años, cuando la articulación subastragalina llegue a la anquilosis fibrosa.? (Ver pericia médica fs. 532 vta). Sintetiza el perito ?el actor sufrió un accidente laboral siendo atendido en primera instancia en el Instituto de Haedo donde se le diagnosticó esguince de tobillo derecho colocándose una bota corta de yeso. Realizó la denuncia a la ART siendo derivado a la Clínica Solís el día 9/7, donde se le retiró el yeso, se le realizó Rx donde no se observó lesión y le entregaron una bota de Walker, el día 19/7 le realizaron otra Rx que informa sin lesión ósea y le indican FKT (10 sesiones) desde el día 24/7 al 6/8/08. El día 12/8 le realizaron Ecografía de tobillo que confirma esguince de tobillo- se observa ligamento con efracción fibrilar irregular de 12 mm. Y el día 14/8 el paciente no se presentó a control. Recibió CD de rechazo de siniestro por la ART en fecha 7/8/08. A fs. 21 Rx. De tobillo y pie derecho (f. y p.) de fecha 14/8/08 donde se observa fractura de calcáneo. Continuó su atención en el Instituto Haedo donde se le realizó TAC y RMN que demostraron la afección?. (Ver pericia médica fs. 533). El perito médico en las consideraciones médico-legales dictamina ?De todos los elementos obrantes en autos, del examen anatómico-clínico-funcional y de los exámenes complementarios llevados a cabo en la persona del actor, se demostró que actualmente presenta secuela de esguince de tobillo con fractura de calcáneo de pie derecho? (Ver fs. 530 vta./531). Los distintos puntos periciales propuestos por las partes. El actor experimentó a consecuencia del accidente controvertido: ?Esguince de tobillo y fractura anterior de calcáneo? (Pto. 1 puntos de pericia parte actora, fs. 533).El actor ?Presentó fractura anterior de calcáneo y ligamento con efracción fibrilar irregular de 12 mm. En su longitud máxima.? (Ver respuesta punto de pericia 2 parte actora, fs. 533). Es importante destacar que el perito médico afirma que no consta en la documentación médica ?si se utilizaron todos los métodos diagnósticos necesarios para esos diagnósticos? (ver términos del punto de pericia N° 3 parte actora y respuesta del perito médico: ?No consta en documentación médica dicho mecanismo? (Ver fs. 533). Es importante destacar que cuando al perito se le pregunta en el punto de pericia N° 4, parte actora, ?si

en la historia clínica del actor se buscaron especialmente los siguientes parámetros: a) imposibilidad de apoyar el talón; b) edema y dolor localizado sobre las caras laterales del calcáneo?, c) hematoma en la planta del pie (signo patognómico de PX de calcáneo)? (ver fs. 44), el perito contesta ?No? (Ver fs. 533). Debe tenerse en cuenta que para llegar al diagnóstico de esguince de tobillo, ?Se realizaron Rx . se infiere en el Instituto Haedo al momento del hecho, el día 9/7 y 19/7 y ecografía de fecha 13/8? (Ver respuesta 5 fs. 533). La parte actora también pregunta: ?Informe si en las radiografías de pie se diagnosticó fractura de calcáneo y si se han realizado las radiografías necesarias para este diagnóstico (perfil, tangencial, y de frente)?, (Ver fs. 44), el perito responde ?No. Se realizaron para radiológico? (Ver fs. 533). El perito dictamina, según la TAC y RMN : ?Fractura anterior de calcáneo. Pronóstico: favorable. Leve desplazamiento según RMN. No consta alteración de la línea calcáneo-cuboidea.? (Ver respuesta 8 fs. 533). El tratamiento no ha sido el correcto. El punto de pericia N° 9 propuesto por la parte actora: ?Considera el experto que el tratamiento y diagnóstico fue el correcto, de no serlo cual debería haber sido? (Ver fs. 44), responde: ?El tratamiento debió haber sido inmovilización enyesada por espacio de 30 días, control radiográfico para ver signos de consolidación y luego FKT?. (Ver fs. 533). El actor experimenta ?Dolor al estar mucho tiempo de pie? (Ver respuesta punto pericial 12, fs. 533). Resulta importante considerar que cuando al perito se le pregunta ?Podría el actor desarrollar una artrosis subastragalina dolorosa al no haber sido tratada su fractura en forma correcta? (Ver punto de pericia N° 13 parte actora, fs. 44 vta., el perito responde: ?Si. Tratada y/ no tratada? (Ver respuesta 12, fs. 533). Respecto a los puntos de pericia solicitados por ?Consolidar Aseguradora de Riesgos del Trabajo S. A., se pregunta: ?Diga el perito si la atención inicial recibida fue acorde a la patología presentada?, (Pto. de pericia 3, fs. 122), responde: ?No fue acorde? (Ver respuesta 3) fs. 533 vta). Complementa el punto de pericia anterior, la pregunta: ?Diga el perito si el tratamiento recibido a lo largo de la evolución, fue acorde a la patología en cuestión? (Punto de pericia 4° fs. 122), respondiendo el perito médico: ? No fue la acorde? (Ver respuesta 4) fs. 533 vta). Cuando se le pregunta al perito médico ?Diga si la parte actora, aporta pruebas documentales médicas, que avalen los diagnósticos que demanda, indique cuál sería la fuente de los diagnósticos médicos, en los que la parte fundamenta su reclamo?(Ver punto de pericia 5, fs. 122), a lo que el perito médico responde ?RMN y TAC? (Ver respuesta 5) fs. 533 vta). El perito se está refiriendo a estudios más complejos y con mayor certeza en cuanto a la visibilidad de la lesión, realizados en las intervenciones médicas realizadas por otros prestadores de salud. En la clínica codemandada no se habían practicado esos estudios. Debe tenerse en cuenta, con relación a la colaboración del actor en seguir los tratamientos recomendados, que ?No consta en documentación médica que no fue colaborador ni tampoco discontinuó su atención? (Ver punto de pericia 6) fs. 533 vta). Un punto de pericia importante solicitado por la ART solicita: ?Diga si el actor padece de incapacidad física atribuible indubitablemente a la atención médica brindada por las demandadas con motivo de la contingencia laboral denunciada en autos, con nexo de causalidad exclusiva y, de ser afirmativa, cuantifique la misma, fundamentando el grado de incapacidad e indicando los antecedentes clínicos y la bibliografía médica en la que se base? (Ver pto. De pericia 14 fs. 122 vta). El perito médico responde: ?Sería el 50% de la incapacidad otorgada? (Ver respuesta 14) fs. 533 vta). Ello ha sido consentido por la parte actora. Con relación a los puntos de pericia solicitados por la codemandada Cecilia Margarita Anabel Zgajnar Álvarez (Ver fs. 164 vta). Pregunta al perito: ?Para que el señor perito diga si en las radiografías N° 11.119 y 11.694 realizadas en Clínica Solís se observa la presencia de una fractura del calcáneo del pie derecho? (Pto. I fs. 164 vta). El perito médico responde: ?Según documentación médica no. No se adjuntaron las placas radiográficas? (Ver respuesta pto. I fs. 533 vta). Los puntos de pericia solicitados por Servicios Hospitalarios San Justo S. A. (Ver fs. 185). En cuanto al punto pericial N° 2: ?Informe fecha y motivo de atención. Diagnóstico, resultado de estudios radiológicos y ecográfico como así también el tratamiento instituido? (Ver fs. 185), el perito médico responde: ?9/7/08 esguince de tobillo derecho, inmovilización con bota de Walker y FKT en forma complementaria? (Ver pto. 2 fs. 534). Cuando se pregunta que el perito ?Informe si la indicación de reposo, crioterapia, AINE, muletas, vendaje elástico, fisiokinesioterapia, etc. se encuentra dentro de indicaciones adecuadas para la signosintomatología que presentaba? (pto. 4 fs. 185), debe entenderse que ello lo ha sido con relación al diagnóstico de esguince de tobillo derecho, en el caso que fuera esa la lesión experimentada por el actor. El perito responde: ?Según historia clínica, fueron las indicadas? (Ver pto. 4 fs. 534). No podemos atribuirle al actor abandono de tratamiento o de profesional médico porque la causa fue ?Rechazo de denuncia por ART? (Ver fs. 534). La determinación de este cuadro de salud si bien ha sido admitido, el apelante lo relaciona una lesión ulterior y con referencia a un abandono del tratamiento, sin acreditación de la prueba correspondiente. En este aspecto se diluyen los agravios de los apelantes. La letrada de la parte codemandada Cecilia Margarita Anabel Zgajnar Álvarez al contestar el traslado de la pericia médica observa la respuesta al punto 14 en cuanto al porcentaje de incapacidad que establece el perito en el 30%, cuestionando su aplicación en el porcentaje más elevado de la escala porque a su entender ?el baremo mencionado establece que la incapacidad en un caso como el de autos varía entre el 10 y el 39% (ver fs. 560 vta). Entendió la codemandada al requerir explicaciones que se ha considerado el mayor porcentaje de incapacidad sin fundamentos. A fs. 562 el letrado apoderado de la citada en garantía solicita explicaciones: ?Determine que incapacidad establece el baremo de la ley 24.557 para las lesiones

descriptas por el experto en su informe pericial?. A fs. 571 el perito médico contesta explicaciones. ¿Dado que no estamos en presencia de una Litis laboral, no corresponde determinar incapacidad por dicho baremo. El Perito ya expresó que ¿el actor presenta una incapacidad parcial y permanente, del 30%, según la tabla de valuación i de incapacidad en el aparato locomotor de los Dres. Fernández Blanco y Romano (fractura de calcáneo). (Ver fs. 571). El otro pedido de explicaciones es respondido a fs. 593. El perito médico sostiene que sus recomendaciones están basadas en la experiencia. A fs. 687 se lleva a cabo la audiencia para solicitar explicaciones al perito médico. El perito responde: ¿Que hubo negligencia médica debido a la falta de realización de los estudios de mayor complejidad al momento del hecho, o a los pocos días del mismo, como ser TAC o resonancia magnética, dado que la fractura de calcáneo, como ya expresé en consideraciones médico legales son de difícil visualización con pares radiológicos simples.? (Ver fs. 687). También se le solicito: ¿Amplíe los fundamentos de la respuesta al punto 8) de la actora y a los puntos 3y 4 de la parte demandada (pericia de fojas 527/534). El perito responde: Al no haberse diagnosticado como fractura el tratamiento no fue el acorde, este tipo de fractura el tiempo de yeso como mínimo es de 30 días. Remite a la contestación del punto 9 de la actora? (Ver fs. 687). En relación al dictamen médico pericial, el distinguido magistrado de la Sala Segunda de éste Tribunal, Doctor Luis Armando Rodríguez Saiach ha señalado: ¿Los daños físicos y la consiguiente incapacidad deben acreditarse mediante prueba pericial. El dictamen del experto tiene importancia no sólo para mensurar la índole de las lesiones y su gravitación negativa en la capacidad del sujeto, sino también con el objeto de esclarecer la relación causal con el accidente. La valoración jurisdiccional del tema motivo de dictamen implica una aprehensión cognoscitiva mediata, porque el magistrado no posee los conocimientos científicos que le permitan comprender en forma directa la materia sobre la que versa el informe del experto. Consecuentemente, la determinación del valor probatorio del peritaje debe efectuarse verificando los juicios del experto mediante un análisis lógico de sentido común.? (CC0002 LM 316 RSD-4-3 S 11-3-2003, Martínez, Ángela c/ Reinoso, Adrián s/ Daños y Perjuicios B3400385 JUBA). Cabe remarcar que ¿La prueba pericial tiene por objeto auxiliar al juez en la apreciación de los hechos controvertidos, a través de la opinión o dictamen de quienes tienen adquiridos conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, industria o actividad técnica, aun cuando el juez personalmente los posea. Se caracteriza por ser un medio de prueba indirecto, en tanto el juez no accede al material de conocimiento sino a través del perito, e histórico, desde que se configura como representativo en relación a aquel material? (MORELLO - SOSA - BERIZONCE, Códigos de Procedimientos en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de La Nación, Comentados y Anotados, Tomo V-B, pág.331/332). CARNELUTTI destacó el doble aspecto de la función que desempeña el experto, como perito percipiendi, como instrumento de percepción de hechos o para el conocimiento de reglas de experiencia, y como perito deducendi; como instrumento para la deducción (La prueba civil, cit., pp. 71-89; íd., Sistema..., v. II, p.218). Asimismo, SENTIS MELENDO, S., Teoría y práctica del proceso, cit., v. III, pp. 323-328. DEVIS ECHANDÍA, H., ob, cit., v. 2, p. 291) (MORELLO - SOSA - BERIZONCE, Códigos de Procedimientos en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de La Nación, Comentados y Anotados, Tomo V-B, pág.332). Cuando el perito da sustento en sus pericias como para formar suficiente convicción sobre la cuestión planteada, resulta viable la interpretación del mismo por parte del Juez teniendo en cuenta la competencia de los peritos, la uniformidad o disconformidad de sus opiniones, los principios científicos en que se funden, todo ello bajo las reglas de la sana crítica y demás pruebas y elementos de convicción que la causa ofrezca (Arts. 384 y 474 CPCC). Ya he dicho que: ¿La pericia debe ser valorada por el juez en su integración con las demás pruebas y elementos de convicción que resulten de la causa. El juez puede apartarse de las conclusiones del perito cuando haya una razón fundada. (Doct. art. 474 CPCC).? ¿En efecto: ¿El juez debe apreciar y valorar la pericia en su debida extensión, es decir, que el dictamen pericial constituye un elemento más de prueba el cual debe sopesarse conjuntamente con otras pruebas allegadas al expediente, pues si así no fuera, si el magistrado debiera ceñirse ineludiblemente a la opinión de quienes lo realizan se estaría atribuyendo la misión de juzgar a quienes solamente son auxiliares del sentenciador.-?(CC0002 MO 35173 RSD-114-96 S 23/04/1996 Castillo, Alejandro c/Vital, Sergio s/Daños y perjuicios Observaciones: (Trib.Orig. JCC11) B2351048 JUBA)? (Argañaraz Susana Amelia Y Otro/A C/ Beltran Alfredo Vicente Y Otro S/ Daños Y Perjuicios? (Causa N° 2316/1) Y ¿Quintana Federico Y Ot C/ Beltran Alfredo Y Ot S/ Daños Y Perjuicios? (Causa N° 3933/1) RSD N°68/16 sentencia del 18/2/16) Al respecto, la jurisprudencia ha dicho: ¿La importancia de dar acabado cumplimiento, por parte del experto, a la exigencia impuesta por el art. 472 del ritual, en relación a su fundamento, reside en la necesidad de garantizar, tanto a las partes la posibilidad de rebatir el dictamen (arts. 18 C.N. y 15 C. Prov.), como al órgano jurisdiccional la de comprender sus conclusiones, y ponderar su razonabilidad para adoptarlo o decidir su exclusión. Así como es requisito esencial para una sentencia válida, que el juzgador funde adecuadamente sus decisiones, así también, si ha de adoptar como motivación del fallo, los resultados obtenidos por el estudio de un especialista cuya ciencia le es desconocida, es imprescindible que sean adecuadamente aportados los datos científicos que lo habilitan para arribar a una determinada conclusión. Es necesario que, como auxiliar de la justicia, el perito tome debida cuenta que su labor consiste en ilustrar al órgano jurisdiccional, y no basta para ello, retransmitir los relatos que en la entrevista formuló el interesado o describir sus circunstancias, sino que debe

explicarse en qué consiste el proceso incapacitante, emitir el diagnóstico, expedirse sobre el vínculo de causalidad con el siniestro padecido y aportar datos sobre el carácter transitorio o permanente de la afectación (arts. 457, 472, 473, 474 del C.P.C.).? (CC0202 LP 107928 RSD-184-7 S 27/09/2007 Dionisio Marcela Claudia C/ González Roberto S/ González Roberto JUBA B301673) Esta Sala, en un caso de características similares ha dicho que: ?Ahora bien, en primer término cabe destacar que es criterio de nuestro Excmo. Tribunal Supino que: ?Adjudicar a la pericia médica la eficacia probatoria pertinente constituye una atribución privativa de los jueces de grado, quienes se encuentran autorizados a apartarse de aquella cuando ese apartamiento responde a motivos sustentados en un criterio razonable y científicamente fundado? SCBA LP L 105288 S 06/06/2012 Carátula: Barbuto, Rosa Nélida c/Fisco de la Provincia de Buenos Aires y otros s/Enfermedad accidente.). Al respecto, esta Sala ha decidido reiteradamente que la controversia suscitada respecto a una pericia requiere fundamentos sólidos que concedan el carácter de contrapericia a las observaciones de la parte, tal como lo señalado quien ha sido mi colega de Sala, en su integración originaria, el Dr. Alonso, con cita de Gozañi, ?la impugnación de una pericia debe constituir una contrapericia, que debe contener - como aquella - una adecuada explicación de los principios científicos o técnicos en los que se funde, por lo que no puede ser una mera alegación de los pareceres subjetivos o de razonamientos genéricos del contenido del dictamen que se ataca?. (?T. Z. J s/ Presunto Abuso Calificado?, ?Causa N° 817/1, RSD N° 48/07, del 27 de junio de 2007). En consecuencia, los agravios al respecto no habrán de prosperar. Entiendo que la pericia se encuentra suficientemente fundada (Doct. art. 474 CPCC) Debe tenerse en cuenta que el actor fue atendido el mismo día del accidente (14 de julio de 2008) en el Hospital Interzonal de Agudos Prof. Luis Güemes-Haedo, mencionándose en la fotocopia de atención médica y en el renglón ?Curaciones? ?Taco de marcha? y ?Retiro de Yeso? para el 23 de julio de 2008 (Ver fs. 3). Es la única atención médica que recibe el actor en ese nosocomio antes de seguir su tratamiento en la Clínica Solís hasta que la ART dictaminó que no correspondía mantener la cobertura por considerarse que no se trataba de un accidente in itinere. (Ver CD de fecha 8/08/2008 enviada por Consolidar ART, obrante a fs. 10). Después y con otros estudios realizados (Resonancia Magnética de tobillo (Ver fs. 7), de fecha 12 de septiembre de 2008 y Tomografía Axial de tobillos (fs. 8), de fecha 3 de octubre de 2008, se determinó que el actor experimentaba otro tipo de lesiones, en este caso, fractura del hueso calcáneo. (Ver recetario y órdenes de fecha 24/9/08 (fs. 9). Si bien es cierto que en el Instituto de Haedo al actor se le diagnosticó esguince de tobillo y se le colocó bota de yeso (Ver hoja de guardia de fs. 100), lo concreto es con fecha 12/07/08 y hasta el 2/08/08 durante casi un mes fue atendido por la clínica codemandada, que se limitó a ratificar el diagnóstico sin otros medios que un examen físico y una nueva radiografía, ?en la que no se observaron lesiones óseas? (Ver contestación de demanda codemandada Cecilia Margarita Anabel Zgajnar Álvarez, fs.- 157 vta). La mencionada Dra. Zgajnar Álvarez atendió al actor los días 19/7/08 y 2/08/08 (Ver fs. 157 vta). La codemandada ?Servicios Hospitalarios San Justo S. A. ? al contestar demanda sostiene ?Es importante resaltar que los estudios radiográficos no mostraron lesión ósea y la ecografía permitió observar compromiso del ligamento externo del tobillo?(Ver fs. 173 vta). Debe tenerse en cuenta que la codemandada ?Servicios Hospitalarios San Justo S. A.? no sostiene que con los estudios realizados bastaba para concluir que no se trataba de un caso de fractura del calcáneo cuando examinó al actor. Al contrario, sin desconocer la verdadera lesión del actor, se limita a argumentar que ?Además, atento a la documental que acompaña la demanda, se podría inferir que la lesión que refiere haber presentado (fractura de calcáneo) se podría haber producido luego de discontinuar la asistencia en la clínica demandada por rechazo del accidente de parte de la ART? (Ver fs. 173 vta.). Lo cierto es que en la clínica codemandada el actor fue asistido prácticamente durante un mes. En ese lapso siguió las prescripciones médicas hasta que se agotó la cobertura por haber considerado la ART que no se trataba de un accidente in itinere. La lesión de esguince de tobillo derecho podrá presentar diversas particularidades y revelar síntomas similares a una fractura de calcáneo, lo que no impide a los médicos actuantes de determinar el mejor diagnóstico sobre la base de estudios más eficaces que simples radiografías que inclusive no han sido consideradas en su variedad más amplia. Cuestionar las fechas en que los estudios más sofisticados se han realizado cuando el actor debió concurrir a la Obra Social, después del cese de cobertura de la demandada, porque en ese lapso los accionados no arbitraron ninguno de los estudios referidos. La propia demandada ?Servicios Hospitalarios San Justo S. A.? al contestar demanda refiere que el accidente denunciado es de fecha 8 de julio de 2008 y que la Resonancia fue realizada el 12 de septiembre de 2008, argumentando que se efectuó después de dos meses y una semana de su primera intervención; y que la Tomografía fue realizada el 3 de octubre de 2008, es decir prácticamente 3 meses de su primera atención médica, no ha probado que ?el traumatismo que produjo la fractura del calcáneo fue posterior al momento denunciado (08.07.08)?. (Ver afirmación de fs. 179). II. 6 La frustración de la chance de curación. Alcance del resarcimiento. En el caso concreto corresponde indemnizar como daño cierto la pérdida de la probabilidad de curación que hubiera tenido el paciente si se hubiera efectuado oportunamente un correcto diagnóstico. En casos similares se ha considerado que por tratarse de supuestos muy particulares, la responsabilidad médica se fundamenta en la teoría de la pérdida de chance u oportunidad porque la culpa del profesional médico ha privado al paciente de un certero diagnóstico y su adecuado tratamiento. El diagnóstico correcto facilita alternativas terapéuticas acordes con la verdadera naturaleza de una lesión. Sin embargo

no puede atribuirse causalmente, en estos casos, al médico todo el resultado final. (Doct. Art. 512 CC, vigente a la época de los hechos). En el caso concreto esta suficientemente acreditada la relación causal entre la culpa y la pérdida de la chance. Se ha señalado: "Teniendo en cuenta lo precedentemente expuesto, el debate se genera respecto de cuál es el alcance del resarcimiento en aquellos supuestos en los cuales el incumplimiento del médico al evaluar el estado del paciente, agrega una nueva condición al curso causal que la enfermedad ya había comenzado a provocar con carácter previo. Si la patología no detectada por el médico desemboca en la muerte del paciente, ¿cabe indemnizar a los derechohabientes por la totalidad del resultado dañoso? ¿O bien sólo cabe reparar la pérdida de la probabilidad de obtener la curación si se hubiera efectuado un diagnóstico correcto en tiempo oportuno?" "Una vez reconocidas las causas que desembocaron en la consecuencia dañosa, resta precisar la extensión del resarcimiento, ya que su mayor o menor cuantía dependerá, del grado de demostración alcanzado acerca de la efectiva incidencia del error en el diagnóstico, de falta de servicio, del incumplimiento del deber de seguridad para provocar el daño." "En este sentido, si quien demanda logra acreditar que de haberse detectado la patología, el paciente según el curso natural y ordinario de las cosas, hubiera obtenido la curación o se hubiera evitado el deceso, en su caso, es evidente que el alcance de la reparación deberá extenderse a la totalidad del perjuicio, puesto que la nueva causa incorporada por el médico reviste un carácter extraordinario y sobreviene de manera tal que rompe la relación de causalidad dando al daño una dirección o volumen completamente diferente. (Goldenberg, Isidoro, La Relación de Causalidad en la Responsabilidad Civil, La Ley, p. 146, 2000)." "En sentido contrario, si de la actividad probatoria desplegada durante el curso del proceso, no se logra acreditar que un diagnóstico acertado hubiera permitido alcanzar la sanación, la condición puesta por el galeno debe ser entendida como concausa del daño, en tanto ésta se agrega al curso causal en desarrollo como un hecho ordinario, actuando en la misma dirección de aquél (Goldenberg, Isidoro, ob. cit., p. 146)." "En este caso, lo que deberá indemnizarse como daño cierto y actual, será la pérdida de la probabilidad de haber obtenido la cura. Es de una elocuente claridad la afirmación efectuada en el sentido que el médico no "puso" la enfermedad en el paciente sino que simplemente no contribuyó a detener a ésta." "En uno u otro caso, surge de manifiesto que la prueba pericial médica, será de especial importancia a la hora de determinar qué grado de participación en el resultado pudo haber tenido el incumplimiento del galeno, así como las consecuencias posibles que podrían haber derivado de un comportamiento diligente por parte de este último." "Nuestra Corte Provincial ha dicho al respecto que: "Si de la actividad probatoria desplegada durante el curso del proceso, no se logra acreditar que un diagnóstico acertado hubiera permitido alcanzar la sanación, la condición puesta por el galeno debe ser entendida como concausa del daño, en tanto ésta se agrega al curso causal en desarrollo como un hecho ordinario, actuando en la misma dirección de aquél. En este caso, lo que deberá indemnizarse como daño cierto y actual, será la pérdida de la probabilidad de haber obtenido la cura. Es de una elocuente claridad la afirmación efectuada en el sentido que el médico no "puso" la enfermedad en el paciente sino que simplemente no contribuyó a detener a ésta. La Dra. Kemelmajer de Carlucci formula un estudio exhaustivo sobre este tema, a través de su voto en el fallo "Marchena, Jorge E. c. Dimensión S.A. y otros" (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I, 23/06/03)." (Cámara 4a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza (C4aCivComMinasPazyTribMendoza), 16/03/2012 Partes: Vázquez Vda. de Bernal, Norma V. por sí y sus hijos menores y ots. c. Obra Social de Empleados Públicos (O.S.E.P.) p/d. y p. Publicado en: LLGran Cuyo2012 (Julio), 646 Cita Online:AR/JUR/4348/2012). También se ha señalado: "Se trata así de un caso en el que el daño se presenta por la peor situación en que la negligencia profesional colocó al paciente para enfrentar su enfermedad que sería indemnizable a título de pérdida de chances de curación (Aníbal N.P., "Azar y certeza en el Derecho de Daños", ED 152-817, 820). La cuestión de la omisión del estudio debe considerarse en este contexto puesto que ello configura una indudable culpa del médico que está en relación causal con un daño que no es en sí la invalidez sino las chances ciertas de prolongar una vida útil o de la disminución de las posibilidades de sanar de acuerdo con las particularidades de cada caso (Aída Kemelmajer de Carlucci, "Reparación de la "chance" de curación y relación de causalidad adecuada", Revista de Derecho de Daños 2003-2, punto V, pág. 261; Alberto J. Bueres, "Responsabilidad civil de los médicos", Buenos Aires, 3ª ed., 2006, págs. 267-269 y Ricardo L. Lorenzetti, "Responsabilidad civil de los médicos", Buenos Aires, 1997, t. II, pág. 125 y también esta Sala en c. 435.764 del 10-3-06). Es cierto que el perito médico no ha dado las suficientes seguridades en relación a las posibilidades de curación de haberse determinado la existencia del cáncer al mes de mayo de 2010. Pero dicha circunstancia repercute solamente sobre el monto de la indemnización definitiva toda vez que el límite de la responsabilidad médica estará dado por la pérdida de la "chance" de curación y no por el desarrollo definitivo de la enfermedad. El médico no "puso" la enfermedad sino que simplemente no contribuyó a tratar de detener a ésta (Roberto A. Vázquez Ferreyra, "Responsabilidad civil médica, error en el diagnóstico patológico, valoración de la culpa profesional. Pérdida de la chance como daño indemnizable y otras interesantes cuestiones", LL 1999-G, 21 y también los votos del Dr. Posse Saguier en CNCiv, Sala F, 14-6-00 en LL 2001-C, 429 y como integrante de la Sala A, 26-3-09 en LL 2009-D, 595) Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala/Juzgado: E Fecha: 10-mar-2017 Cita: MJ-JU-M-103834-AR | MJJ103834 | MJJ103834). Se ha dicho: "Con la

expresión 'pérdida de chance' se indican todos aquellos casos en los que el afectado podría haber obtenido un provecho o una ganancia o bien evitado una pérdida, de no haber mediado el hecho antijurídico o incumplimiento? (...) ?... para que la pérdida de la chance sea indemnizable debe presuponer la existencia de un daño que se configura por la pérdida de la oportunidad cierta que produjo el ilícito. Así la pérdida de chance indemnizable es aquella que se configura cuando lo que se pierde es una posibilidad cierta. Coincidimos con Vergara en el sentido de afirmar que el daño para que sea resarcible, la pérdida de posibilidades debe ser inequívoca, es decir, debe ser efectiva? (...) ?El análisis de la cuestión implica entrar en el campo de las probabilidades, alejándonos si se quiere un poco, de la certeza del daño, puesto que al indemnizarse la pérdida de la chance, como la definiéramos, esto es la pérdida de una posibilidad concreta, no se hace más que indemnizar las probabilidades de éxito en el resultado dejado de percibir por el incumplimiento operado.? (DOMÍNGUEZ Osmar, ARCA, Juan Manuel 'Contrato innominado de prestación de servicios médicos de emergencia' publicado en LA LEY 15/12/2009, LA LEY 2009-F 106 El incumplidor no puede después sobre bases abstractas medir el alcance de una chance cuya dimensión también depende de su obrar diligente.(Doctrina arts. 512, 902 y ccs CC). Cabe distinguir la indemnización por pérdida de una chance de la indemnización del daño íntegro. La doctrina ha señalado: 'Trigo Represas nos hace saber que 'la pérdida de una oportunidad o chance constituye una zona gris o limítrofe entre lo cierto y lo incierto, lo hipotético y lo seguro; tratándose de una situación en la que media un comportamiento antijurídico que interfiere en el curso normal de los acontecimientos de forma tal, que ya no se podrá saber si el afectado por el mismo habría o no obtenido una ganancia o evitado una pérdida de no haber mediado aquél ; o sea que para un determinado sujeto había probabilidades a favor y en contra de obtener o no cierta ventaja, pero un hecho de un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades?. (VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto: 'Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina?', Hammurabi, Buenos Aires 2002, pág. 136 con cita de TRIGO REPRESAS, 'Reparación de daños por 'mala praxis' médica?', pág. 241). En cuanto a la dificultad de la prueba de la chance, VÁZQUEZ FERREYRA transcribe con cita de TANZI, 'La chance es la posibilidad de un beneficio probable futuro que integra las facultades de actuación del sujeto, conlleva un daño aún cuando pueda resultar dificultosa la estimación de su medida. En esta concurrencia de factores pasados y futuros, necesarios y contingentes existe una consecuencia actual y cierta. A raíz del acto imputable se ha perdido una chance por la que debe reconocerse el derecho a exigir su reparación. La doctrina aconseja efectuar un balance de las perspectivas a favor y en contra. Del saldo resultante se obtendrá la proporción del resarcimiento...La indemnización deberá ser de la chance y no de la ganancia perdida?. (Obra citada, pág. 136; TANZI, 'La reparabilidad de la pérdida de chance?', en La responsabilidad, homenaje al profesor doctor Isidoro Goldenberg, A. A. Aterini-R. M. López Cabana (dirs), pág. 330). En el caso no puede decirse que el médico con sus omisiones ha privado de su vida al paciente y si debe afirmarse que el cónyuge de la actora tenía chance de sobrevivir y la culpa de la empresa de emergencias médicas frustró precisamente esta expectativa. La doctrina con acierto sostiene ?...En todos estos casos , la situación final (muerte, enfermedad definitiva) no puede serle imputada al agente, porque hay dos causas posibles: una causa natural o su culpa, y no se sabe cual es la verdadera...Cuando el perjuicio es la pérdida de una chance de supervivencia , el juez no tiene la facultad de condenar al médico a pagar una indemnización igual a la que se debería si él hubiese realmente matado al enfermo? (VÁZQUEZ FERREYRA, obra citada, pág. 137 con transcripción de CHABAS, 'La pérdida de una chance en el derecho francés?', JA 1994-IV-930).? (mi voto en 'Rivas Garcia, Graciela Ivone C/ Visidom S. A. S/ Daños Y Perjuicios?', Causa N° 1737/1 R.S.D. N°: 73/15 Folio N° 418, 11 de junio de 2015; En fecha cercana, esta Sala en 'Mansilla Liliana Y Otros C/ Sasso Rafael Y Otros S/ Daños Y Perjuicios' Causa Nro. 4854/1, RSD N° 226/17 sentencia del 21/11/17 con voto del Dr. Pérez Catella) En el caso concreto los apelantes no han probado que 'la frustración en el resultado esperado, éste tiene causas ajenas a su actividad y/o que no ha podido ser evitado?. (Ver expresión de agravios fs. 783 vta), sin perjuicio de las limitaciones de su responsabilidad considerándose que se ha valorado la pérdida de chance para cuantificar el daño. Se ha determinado en la pericia el alcance del error médico y su incidencia en la rehabilitación o curación del paciente, cabe inferir que el error de diagnóstico ha perjudicado las chances de curación del actor. El actor no ha probado que de haberse efectuado correctamente el diagnóstico se hubiera curado totalmente, es decir no hubiera experimentado ningún porcentaje de incapacidad. En consecuencia no corresponde considerar en su extensión la incapacidad que ha determinado el perito médico en el 30 % y adecuarlos al 50% de ese porcentaje, que se considera como su incidencia en la frustración de chance de curación si se hubiera efectuado un diagnóstico correcto. (Ver pericia médica respuesta 14, fs. 533 vta.); Doct. .Art. 474 CPCC). En consecuencia, con el alcance indicado, se admiten parcialmente los agravios expresados por la codemandada Cecilia Margarita Anabel Zgajnar Álvarez y la adhesión de 'Seguros Médicos S. A.?', y 'Federación Patronal Seguros S.A.?' III. La indemnización.

III. 1 Incapacidad física. La señora juez de grado cuantifica el rubro en la suma de \$ 210.000. La codemandada apelante Cecilia Margarita Anabel Zgajnar Álvarez - con la adhesión de 'Seguros Médicos S. A?', sostiene que la cuantificación del rubro en la suma de \$ 210.000 es excesiva. También la aseguradora 'Federación Patronal Seguros S. A.', se agravia por entender excesiva la cuantificación del rubro. La codemandada apelante se queja porque el actor en su demanda ha reclamado por lesiones físicas la suma

de \$ 110.000. (Ver demanda, punto VIII, fs. 427vta.). Afirma que la señora juez de grado ha concedido mayor indemnización a la solicitada en la demanda. Sostiene que se ha vulnerado el principio de congruencia. Debe desestimarse todo planteo relacionado con un exceso en la cuantificación del daño porque la actora en la demanda ha diferido el resultado de la indemnización a lo que en más o en menos surja de la prueba. (Ver punto III. Liquidación, fs. 427vta., donde expresa: "Atento los rubros reclamados solicito se haga lugar a la demanda interpuesta por la suma de pesos ciento noventa mil (\$ 190.000) o lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse en autos?". El codemandado apelante se agravia por los fundamentos del fallo apelado para determinar la cuantificación del daño físico. La apelante sostiene "No obstante ello, al momento de establecerse la indemnización - caso de autos - no se tiene en cuenta que se está tan sólo ante la pérdida de una chance y se manda indemnizar el daño íntegramente, como si el profesional hubiera sido el autor directo del perjuicio final. Algo así como: que el profesional "puso la enfermedad" en el paciente?".

"Sin embargo, no se puede imputar causalmente a mi mandante el resultado final del paciente pues en gran parte obedeció a un proceso natural : el del propio accidente" (Ver expresión de agravios fs. 786 vta). El apoderado Diego Javier Guadaulpe en su carácter de letrado apoderado de SEGUROS MEDICOS S.A., adhiere a la expresión de agravios de la codemandada Cecilia Margarita Anabel Zgajnar Álvarez. La aseguradora "Federación Patronal Seguros S. A." apelante sostiene que la cuantificación del rubro que "es el propio experto quien en la pericia médica oficial manifiesta que el pronóstico es favorable. Leve desplazamiento según RMN. No consta alteración de la línea calcáneo - cuboidea?". Sostiene: "Consecuentemente, esa afectación -de haber existido- difícilmente haya persistido por más de un año. Pero salvo los dichos de la propia demandante no hay prueba de la existencia de la misma." "De ahí que, el monto indemnizatorio fijado en la sentencia resulta injustificadamente desmesurado dado que, no hay secuela funcional alguna quedando exclusivamente lo relativo a las secuelas propias de una fractura, independientemente del tratamiento que se haga, el cual fue necesaria para resolver el problema." Ha señalado la señora juez de grado: "El perito médico, Dr. Hermida dictaminó sobre la base del examen médico y estudios complementarios realizados al señor Romero que presenta como consecuencia de la mala praxis incurrida en el tratamiento médico, una secuela de esguince de tobillo con fractura de calcáneo de pie derecho. (fs. 530/ 534).? El experto constató que el señor Romero denotaba dificultad para adoptar la posición en cuclillas y bajar escaleras por el dolor en el tobillo derecho, como así también para adoptar la posición en puntas de pie y sobre el talón del miembro derecho. También refirió que el accionante realizaba la marcha con moderada claudicación del miembro inferior derecho por dolor en el tobillo derecho y en el talón del pie. (fs. 530 vta. / 531). Se observa que el perito médico, Dr. Hermida indicó que el actor presenta una incapacidad parcial y permanente del 30 %, según la tabla de valuación de incapacidades en el aparato locomotor de los Doctores Fernández Blanco y Romano (fractura de calcáneo) (fs. 533 vta.)? (Ver sentencia apelada). Ello deberá ser adecuado a la pérdida de chance, considerándose la incidencia que pudo tener el obrar médico en la oportunidad de recuperación del actor. Se insiste en señalar en los agravios de la parte codemandada, con adhesión de la prestadora de salud y de la aseguradora, una disconformidad que no controvierte diagnóstico, secuelas, porcentajes de incapacidad y relación causal adecuada. En esa generalidad y abstracción naufragan las quejas de los apelantes. Tampoco se han controvertido las pautas explicadas en la sentencia apelada para cuantificar el rubro. En consecuencia deviene firme la sentencia de primera instancia en cuanto afirma: "Aquí se valora que el actor tenía 38 años (nacido el 20 de noviembre de 1969), se desempeñaba como operario metalúrgico, en la fecha en que se produjo la mala praxis; por eso, de acuerdo con la ponderación de las circunstancias particulares del actor y la entidad de las lesiones, se determina el resarcimiento en la suma de doscientos diez mil pesos (\$ 210000) (fs. 31, copia de poder general; fs. 72/ 90, historia clínica; fs. 527, pericia médica). (Artículo 519, 1068 del Código Civil y artículos 165 inciso 5, 384 y 474 del C.P.C.C.)?(Ver sentencia apelada). El perito médico Dr. Hermida en el examen físico de tobillo y pie derecho, observa "Inspección: el miembro inferior derecho se encuentra en una actitud fisiológica, no presenta acortamiento real ni aparente en relación al contralateral. Medidas circunferenciales: Tobillo derecho 27 cm. izquierdo 25 cm. Aumento circunferencial del tobillo derecho de 2 cm por edema. Pierna: tercio medio: Derecha 35 cm. izquierda 36 cm. Hipotrofia gemelar de 1 cm. con hipotonía muscular...?" (Ver fs. 530/vta). También el perito advierte "Dolor a la compresión bimanual del calcáneo" (Ver pericia médica fs. 530 vta). El perito médico describe las secuelas dolorosas de la fractura del calcáneo. "Dificultad para adoptar la posición en cuclillas y subir y bajar escaleras por dolor en el tobillo derecho?". "Dificultad para adoptar la posición en puntas de pie y sobre el talón del miembro derecho?". "Marcha con moderada claudicación del miembro inferior derecho por dolor en el tobillo derecho y en el talón del pie?" (Ver pericia médica fs. 530 vta). El hueso calcáneo es importante para la marcha normal de la persona humana. El perito médico con relación a los síntomas del esguince afirma: "Se produce dolor, a veces intenso y tumefacción variable" (Ver fs. 531). De modo tal que la coincidencia entre algunos síntomas de esguince de tobillo y fractura de calcáneo no significa que el diagnóstico se encuadre en la primera lesión, sin otros estudios que permitan una mejor exploración para descartar fracturas. De modo tal que las prescripciones médicas que se ordenaron estaban estrictamente relacionadas con un diagnóstico equivocado. Las secuelas dolorosas. Se ha explicado en la pericia que el actor experimenta dolores físicos. Cabe recordar que en relación al dolor, ya he

dicho: ¿No se mide en su justa dimensión al dolor con simples tablas, que por cierto los estudiosos han elaborado. El dolor tiene su propio peso y se carga sin intervalos. Cada vez que se pretende desarrollar una potencia del cuerpo y en este aspecto el hombro es una base para el ejercicio de múltiples esfuerzos, por encima de cualquier secuela o porcentaje de incapacidad, más aún cuando tal como explica la ciencia médica, el miembro afectado es susceptible de experimentar recidivas.? ¿El dolor -si bien se proyecta en el daño moral al agrietar la tranquilidad de la actora - produce también una natural retracción en los movimientos de la persona, lo que equivale a un perjuicio en cada faceta de relación.? ¿Rubinstein refiere sobre el dolor como secuela de incapacidad laboral, concepto que a mi criterio, debe extenderse a toda la vida de relación. El autor sostiene que el dolor crónico emergente de un infortunio laboral, o cuando aparece como factor concausal, debe ser indemnizado. El tiempo de duración del dolor, - informa el autor siguiendo a la doctrina francesa que ha empleado una escala que varía entre 0 y 7 y que complementa con la tabla o guía de evaluación para los casos emergentes de traumatismos, elaborada por los Dres. Thierry y Nicourt -, establece para las contusiones y luxaciones del hombro, 3 y 4 de la escala mencionada. En la doctrina francesa, y de acuerdo a lo expresado por el autor, la escala 3 y 4 representan carácter moderados (3) y medianos (4). (RUBINSTEIN, Santiago J. ¿Las incapacidades laborales?, Depalma, Buenos Aires 1996, págs. 41/47); (RUBINSTEIN, Santiago: ¿Código de Tablas de Incapacidades Laborativas?, Lexis Nexis, Buenos Aires 2005, págs. 313 y ss).? (mi voto en Campos, Fabián Néstor C/ Magnani, Julio Ángel Y Otro S/ Daños Y Perjuicios? Causa N° 1521/1 RSD N° 94/08). (Skapinskas Horacio V. Sus Sucesores C/ Polti María Florencia Y Ot S/ Daños Y Perjuicios?, Causa N° 4868/1 RSD N° 148 /18 sentencia del 14/06/2018) En el caso concreto, considerándose la importancia de la lesión y sus secuelas, pautas establecidas en la sentencia apelada que no han cuestionado los demandados apelantes (entre ellas que el actor contaba 38 años al momento del hecho y su actividad laboral (operario metalúrgico) no resulta en principio excesiva la cuantificación del rubro en la suma de \$ 210.000. Sin embargo, considerándose que el actor no ha apelado la cuantificación del rubro, debe adecuarse la indemnización a la efectiva pérdida de chance de curación y en este aspecto se ha establecido la incidencia causal del daño por el obrar médico en un 50%. (Ver respuesta perito médico fs. 533 vta. punto de pericia de Consolidar ART S. A. fs. 122/vta. fs. 533 vta). Con el alcance indicado se han de aceptar los agravios y en consecuencia reducir la cuantificación del rubro a la suma de PESOS CIENTO CINCO MIL (\$ 105.000). (Doct. art. 165 CPCC). En consecuencia, con el alcance indicado, se admiten parcialmente los agravios expresados por la codemandada Cecilia Margarita Anabel Zgajnar Álvarez y la adhesión de ¿Seguros Médicos S. A.?, y ¿Federación Patronal Seguros S.A.? (arts. 1068 del Cód. Civil; 163, inc. 5°, 165, 375, 384, 421, 456, 474 y cctes. del Cód. Proc.) III. 2 Daño moral. La señora juez de grado cuantificó el rubro en la suma de \$ 70.000. La codemandada y la aseguradora ¿Seguros Médicos S.A.?, con adhesión, sostienen que la indemnización es elevada. La codemandada Cecilia Margarita Anabel Zgajnar Álvarez sostiene que también en este rubro se incurre un caso de ultra petita. Afirma que el actor en la demanda se ha limitado a reclamar por daño moral la suma de \$ 20.000. Además considera que no hay relación de causalidad entre el actuar del demandado y el daño moral. Solicita - en su caso - se rechace el rubro o, en su defecto, se reduzca el monto admitido. El letrado apoderado Diego Javier Guadalupe en su carácter de letrado apoderado de ¿Seguros Médicos S. A.?, adhiere a la expresión de agravios de la codemandada Cecilia Margarita Anabel Zgajnar Álvarez. ¿Federación Patronal Seguros S.A. ¿también considera elevada la cuantificación del rubro. En la sentencia apelada, la Sra. Jueza de grado ha establecido: ¿Pongo de resalto lo explicado por el Dr. Hermida respecto a que en la fractura del calcáneo llaman la atención el dolor y la tumefacción, por tratarse de un hueso muy irrigado. En este caso, puede leerse en las constancias médicas que el señor Romero presentaba un cuadro de dolor, el cual debió haberse prolongado por no advertirse en tiempo oportuno que tenía una fractura en lugar de un esguince (fs. 72/90, constancias de la historia clínica) (artículo 384 del C.P.C.C.)? ¿En lo concerniente a la cuantificación, resulta oportuno recordar que, los jueces gozan de un amplio margen de apreciación en el cual, deben manejarse con razonabilidad y prudencia. (S.C.B.A., Ac. 24512; CCCLP, fallo 0203104792, del 12 de abril de 2006).? ¿Así pues, la valoración de los hechos de la mala praxis y reparando en las circunstancias personales del actor y la entidad del perjuicio físico causado, se fija equitativamente el monto indemnizatorio en la suma de setenta mil pesos (\$ 70000).? (Ver sentencia apelada fs. 725 vta.). Se quejan los co-demandados Álvarez y Seguros Médicos S.A porque el actor en su demanda ha reclamado por lesiones físicas la suma de \$ 20.000 (Ver demanda, punto VIII, fs. 42/vta). Afirma que la señora juez de grado ha concedido mayor indemnización a la solicitada en la demanda. Sostiene que se ha vulnerado el principio de congruencia. Debe desestimarse todo planteo relacionado con un exceso en la cuantificación del daño porque la actora en la demanda ha diferido el resultado de la indemnización a lo que en más o en menos surja de la prueba. (Ver punto III. Liquidación, fs. 427vta., donde expresa: ¿Atento los rubros reclamados solicito se haga lugar a la demanda interpuesta por la suma de pesos ciento noventa mil (\$ 190.000) o lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse en autos?.) La apelante sostiene ¿No obstante ello, al momento de establecerse la indemnización - caso de autos - no se tiene en cuenta que se está tan sólo ante la pérdida de una chance y se manda indemnizar el daño íntegramente, como si el profesional hubiera sido el autor directo del perjuicio final. Algo así como: que el profesional ¿puso la enfermedad? en el paciente?. ¿Sin embargo, no se puede

imputar causalmente a mi mandante el resultado final del paciente pues en gran parte obedeció a un proceso natural: el del propio accidente? (Ver expresión de agravios fs. 786 vta). El apoderado Diego Javier Guadalupe en su carácter de letrado apoderado de SEGUROS MEDICOS S.A., adhiere a la expresión de agravios de la codemandada Cecilia Margarita Anabel Zgajnar Álvarez. La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha señalado: ?La indemnización por daño moral comprende las molestias en la seguridad personal de la víctima o en el goce de sus bienes que, en el supuesto de lesiones, se configura por el conjunto de padecimientos físicos y espirituales derivados del hecho, y que tiene por objeto reparar el quebranto que supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor precioso en la vida del hombre y que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más sagrados afectos.? (SCBA LP C 93343 S 30/03/2011 Juez GENOUD (SD): ?Maldonado, Silvia Viviana c/D' Allorso, Carlos y otros s/Daños y perjuicios?; SCBA LP C 99018 S 03/11/2010 Juez DE LAZZARI (SD): ?Scioli, Gustavo y otra c/Sastre, Eduardo y otro s/Indemnización de daños y perjuicios?; SCBA LP C 94847 S 29/04/2009 Juez KOGAN (OP): ?P. ,J. R. c/B. F. S. s/Daños y perjuicios?; SCBA LP AC 79922 S 29/10/2003 Juez DE LAZZARI (SD): ?D. ,F. y o. c/J. S. ,I. ,N. s/Daños y perjuicios SCBA LP AC 81092 S 18/12/2002 Juez DE LAZZARI (SD) Carátula: Torres, Irma E. c/Fernández, Juan C. y otro s/Daños y perjuicios?; SCBA LP AC 78287 S 17/10/2001 Juez NEGRI (SD): ?Gioffre, Carmelo c/Sosa, Segundo y otra s/Daños y perjuicios?; SCBA LP Ac 54767 S 11/07/1995 Juez SAN MARTIN (SD): ?Alonso de Sella, Patricia Graciana y otro c/Dellepiane Ángel Hernán s/Daños y perjuicios?: AyS 1995 III, 15; DJBA 149, 161 SCBA LP Ac 52258 S 02/08/1994 Juez VIVANCO (SD): ?Gómez, Aurelio y otros c/Agri, Antonio s/Daños y perjuicios? Observaciones: Se dictó sentencia única juntamente con su acumulada: ?Agri, Antonio, y otro contra Gómez, Aurelio. Daños y perjuicios?. Con fecha 23-08-94 se dictó sentencia aclaratoria sobre las costas. AyS 1994 III, 208;DJBA 147, 177; ED 160, 403 SCBA LP Ac 40082 S 09/05/1989 Juez CAVAGNA MARTINEZ (SD): ?Orellano de Miranda, Nélica c/Empresa de Transportes Línea 216 s/Daños y perjuicio?: AyS 1989-II-13; DJBA 1989-136, 279 SCBA LP B 64180 S 27/12/2017 Juez KOGAN (SD): ?Yane, Salvador contra Municipalidad de General Alvarado. Demanda Contencioso Administrativa?, B14058 JUBA). La jurisprudencia ha dicho que ?...debe considerarse el daño moral como la lesión a derechos que afecten al honor, la tranquilidad, la seguridad personal, el equilibrio psíquico, afecciones legítimas en los sentimientos o goce de bienes, así como de padecimientos físicos que los originen o espirituales relacionados causalmente con el hecho ilícito, aunque no es referible a cualquier perturbación del ánimo, y basta para su admisibilidad la certeza de que existió, siendo su naturaleza de carácter resarcitoria pues no se trata de punir al autor responsable, de infringirle un castigo sino de procurar una compensación del daño .sufrido (art. 1078 CCiv.) y su estimación se encuentra sujeta a prudente arbitrio judicial, no teniendo porqué guardar proporcionalidad con el daño material, pues depende de la índole del hecho generador. (CC0102 LP RSD 149-98 cit. en JUBA 7) Se ha expresado que ?...en cuanto a la determinación del daño moral y la determinación de su cuantía corresponde tener en cuenta los siguientes elementos: la indemnización debida con causa en el daño moral tiene carácter resarcitorio, ella debe atender a los sufrimientos psíquicos y afectivos sufridos por el demandante, ha de tenerse en cuenta la gravedad del ilícito cometido, no es preciso que guarde relación con el daño material ni con otros daños que se reclamen, en síntesis, hay que tener en cuenta el carácter resarcitorio, la índole del hecho generador, la entidad del sufrimiento causado y que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material pues no se trata de un daño accesorio a este, por lo que en definitiva queda librado a un prudente arbitrio judicial (CC01 SI RSD 391-96 cit en JUBA 7), circunstancias también tenidas en cuenta por la señora juez de grado. El daño moral no requiere prueba específica alguna en cuanto ha de tenérselo por demostrado por el solo hecho de la acción antijurídica - prueba in re ipsa - y es al responsable del hecho dañoso a quien incumbe acreditar la existencia de una situación objetiva que excluya la posibilidad de un dolor moral (SCBA L 36489 cit en JUBA 7); (Arts. 1078 CC; 165 CPCC). En definitiva, rige una presunción iuris tantum de daño moral. En el caso concreto, sin perjuicio de haberse considerado en el rubro anterior la pérdida de chance, ello no ha de repercutir en el tratamiento del presente rubro, considerándose que tal como se ha señalado, el daño moral no debe guardar -necesariamente- relación con el daño material. Aún considerándose el 15% que se ha atribuido causalmente en concepto de pérdida de chance, la suma determinada en primera instancia no resulta excesiva ni desproporcionada, ello considerándose la importancia de la lesión y sus secuelas que se proyectan en todo ámbito de relación, lo que repercute evidentemente en la esfera extrapatrimonial de la persona humana. Debe destacarse, tal como se señalado el perito en respuesta a los puntos periciales de la actora que el tratamiento suministrado al actor no ha sido el correcto (ver pericia fs. 533 pto. 9) y que padece dolor al estar mucho tiempo de pie (ver fs. 533 pto. 12). Por otra parte, en respuesta a los puntos periciales de la demandada, se observa que el perito ha considerado que la evolución del actor como así también las indicaciones terapéuticas que se fueron incorporando en su actuación no han sido acordes (ver pto. 3 fs. 115 y rta. fs. 533 vta) y que las indicaciones de reposo, crioterapia, AINE, muletas, vendaje elástico, fisiokinesioterapia, etc. No se encontraban dentro de las indicaciones adecuadas para la signosintomatología que presentaba (ver pto. 4 fs. 115 y rta. fs. 533 vta.). El actor presenta también claudicación en la marcha por dolor en el tobillo derecho y en el talón del pie

(fs. 530 vta/531). Propongo rechazar los agravios expresados por la codemandada Cecilia Margarita Anabel Zgajnar Álvarez y la adhesión de ?Seguros Médicos S. A.?, y ?Federación Patronal Seguros S.A. ?y confirmar la cuantificación del rubro dispuesta (Doct. arts. 1078 C.C y 165 CPCC) IV. Intereses Se infiere que la señora juez de grado ha establecido la cuantificación de la indemnización a valores actuales a la fecha de la sentencia apelada. Que ya es criterio reiterado de esta Sala Primera que en materia de intereses debía aplicarse lo sostenido por nuestro Excmo. Superior Tribunal Provincial en la causa ?Cabrera? ?los intereses deberán calcularse exclusivamente sobre el capital, mediante la utilización de la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos en sus depósitos a treinta (30) días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos y, por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa, desde la fecha del hecho dañoso hasta el día de su efectivo pago (arts. 622 y 623, C.C. de Vélez Sarsfield; 7 y 768, inc. ?c?, C.C. y C.N.; 7 y 10, ley 23.928 y modif.). (SCBA, Cabrera, Pablo David c/ Ferrari, Adrián Rubén s/ Daños y Perjuicios, Causa 119.176, 15/06/2016). Recientemente la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, ha decidido en los autos caratulados ?Vera, Juan Carlos c/ Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios? (Causa nro.: 120.536. la Plata, 18 de abril de 2018, expediente que tramitara ante esta Sala Primera), que: ?que cuando sea pertinente el ajuste por índices o bien cuando se fije un quantum a valor actual, tal cual se ha decidido por la Cámara en la especie, en principio debe emplearse el denominado interés puro a fin de evitar distorsiones en el cálculo y determinación del crédito, establecer que para el cálculo de los intereses deberá aplicarse la ya mentada alícuota del 6% anual, la que corresponderá ser imputada al crédito indemnizatorio en cuestión desde que se hayan producido los perjuicios considerados conforme el dies a quo establecido en la sentencia, y hasta el momento tenido en cuenta para la evaluación de la deuda (arts. 772 y 1748, Cód. Civ. y Com.). De allí en más, resultará aplicable la tasa de interés establecida en las causas C. 101.774, ?Ponce? y L. 94.446, ?Ginossi? (ambas sents. de 21-X-2009) y C. 119.176, ?Cabrera? (sent. de 15-VI-2016). En éste orden de ideas, no cabe más que señalar que los intereses se computaran desde la fecha en que se produjo el hecho controvertido (12 de julio de 2018 momento en que nace la obligación de resarcir el perjuicio causado conforme los arts. 495, 496, 497, 499 y 509 del Código de Vélez Sarsfield), y hasta el momento tenido en cuenta para la evaluación de la deuda (doct. y argumento artículo 772 del C.C.) a la tasa de interés puro del 6% anual establecida por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y de allí en más, la utilización de la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos en sus depósitos a treinta (30) días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos (conf. Doctrina legal S.C.B.A ?Cabrera? C. 119.176 sent. 15-5-2016 , ?Vera? C. nro.: 120.536 sent. 18/04/ 2018). Dicha solución, nos conduce sin más a rechazar parcialmente los agravios incoados por la demanda y citada en garantía, debiendo calcularse los intereses de acuerdo a las pautas ?ut supra? fijada, lo que así propongo a mis distinguidos Colegas de Sala. V. Las costas. Esta Sala ya ha dicho: ?Las costas de ambas instancias, tratándose de demandas por daños y perjuicios, corresponde que se abonen por la demandada (art. 68 Cod. Proc. Civil y Comercial de la Nación), en virtud del carácter resarcitorio que posee la condena a pesar de la culpa concurrente pues, al resolver lo contrario, se vería retaceada la indemnización otorgada a los damnificados? (C.N. Civ. Sala M 3/3/97 ?Álvarez Cristian M. c/ Cordero Amalia F. s/ Ds y Ps.? cit. Por Hernán Daray en ?Derecho de Daños, el accidente de tránsito? T. 2 Astrea, Buenos Aires 2001, Pág. 376 sum.9) La solución concuerda con el principio de reparación integral y con la función de indemnización que tienen las costas en los juicios de daños y perjuicios y con el hecho que la parte actora se ha visto en la necesidad de litigar (mi voto en ?Politi, Roberto Vicente C/ Rios, Marcelo Y Otros S/ Daños Y Perjuicios?, Causa 2581/1 RDS 132 folio 893). En virtud de ello, el agravio en relación a las costas (ver expresión de agravios fs. 792/vta. pto. VII y su adhesión) no podrá prosperar. Atento la forma en que se resuelven los recursos, propongo se impongan las costas de Alzada a los codemandados Cecilia Margarita Anabel Zgajnar Álvarez y ?Seguros Médicos S. A.?, y la citada en garantía ?Federación Patronal Seguros S.A. ?, en su carácter de apelantes y que resultan parcialmente vencidos. (Doct. Art. 68 del CPCC) y se difieran las respectivas regulaciones de honorarios para su oportunidad. (Arts. 31, 51 DL 8904/77). Por las consideraciones legales, doctrinarias y jurisprudenciales expuestas, **VOTO PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.** Por análogos fundamentos los Dres. Pérez Catella y Taraborrelli también **VOTAN PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.** **A LA SEGUNDA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR RAMON DOMINGO POSCA,** dijo: Visto el acuerdo arribado al tratar la primera cuestión, propongo: A) **SE ADMITAN PARCIALMENTE** los agravios incoados por la demandada y citada en garantía y en consecuencia: 1°) **SE REDUZCA** la cuantificación del rubro Incapacidad física, a la suma de PESOS CIENTO CINCO MIL (\$ 105.000) 2°) **SE ESTABLEZCA** que los intereses se computaran desde la fecha en que se produjo el hecho controvertido (12 de julio de 2008 - fecha correspondiente a la primer intervención médica de la codemandada Cecilia Margarita Anabel Zgajnar Álvarez (momento en que nace la obligación de resarcir el perjuicio causado conforme los arts. 495, 496, 497, 499 y 509 del Código de Vélez Sarsfield), y hasta el momento tenido en cuenta para la evaluación de la deuda (doct. y argumento artículo 772 del C.C.) a la tasa de interés puro del 6% anual establecida por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y de allí en más, la utilización de la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos en sus

depósitos a treinta (30) días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos (conf. Doctrina legal S.C.B.A ?Cabrera? C. 119.176 sent. 15-5-2016, ?Vera?C. nro.: 120.536 sent. 18/04/ 2018). 3°) SE CONFIRME la sentencia apelada en todo lo demás que ha sido materia de agravios 4°) SE IMPONGAN las costas de Alzada a los codemandados Cecilia Margarita Anabel Zgajnar Álvarez y ?Seguros Médicos S. A.?, y la citada en garantía ?Federación Patronal Seguros S.A. ?, en su carácter de apelantes y que resultan parcialmente vencidos. (Doct. Art. 68 del CPCC) 5°) SE DIFIERAN las respectivas regulaciones de honorarios para su oportunidad. (Arts. 31, 51 DL 8904/77). ASI LO VOTO. Por análogas consideraciones, también adhieren al voto que antecede y VOTAN EN IGUAL SENTIDO. Con lo que se dio por finalizado el presente Acuerdo, los Dres. Pérez Catella y Taraborrelli dictándose la siguiente: SENTENCIA AUTOS Y VISTOS: CONSIDERANDO: Conforme la votación que instruye el Acuerdo que antecede, éste Tribunal RESUELVE: A) ADMITIR PARCIALMENTE los agravios incoados por la demandada y citada en garantía y en consecuencia: 1°) REDUCIR la cuantificación del rubro Incapacidad física, a la suma de PESOS CIENTO CINCO MIL (\$ 105.000) 2°) ESTABLECER que los intereses se computaran desde la fecha en que se produjo el hecho controvertido (12 de julio de 2008 - fecha correspondiente a la primer intervención médica de la codemandada Cecilia Margarita Anabel Zgajnar Álvarez (momento en que nace la obligación de resarcir el perjuicio causado conforme los arts. 495, 496, 497, 499 y 509 del Código de Vélez Sarsfield), y hasta el momento tenido en cuenta para la evaluación de la deuda (doct. y argumento artículo 772 del C.C.) a la tasa de interés puro del 6% anual establecida por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y de allí en más, la utilización de la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos en sus depósitos a treinta (30) días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos (conf. Doctrina legal S.C.B.A ?Cabrera? C. 119.176 sent. 15-5-2016, ?Vera? C. nro.: 120.536 sent. 18/04/ 2018). 3°) CONFIRMAR la sentencia apelada en todo lo demás que ha sido materia de agravios 4°) IMPONER las costas de Alzada a los codemandados Cecilia Margarita Anabel Zgajnar Álvarez y ?Seguros Médicos S. A.?, y la citada en garantía ?Federación Patronal Seguros S.A.?, en su carácter de apelantes y que resultan parcialmente vencidos. (Doct. Art. 68 del CPCC) (Doct. Art. 68 del CPCC) 5°) DIFERIR las respectivas regulaciones de honorarios para su oportunidad. (Arts. 31, 51 DL 8904/77). REGISTRESE. NOTIFIQUESE. DEVUELVA. 030051E