

Danos Y Perjuicios Mala Praxis Medica Intervencion Quirurgica Omision De Exploracion De La Zona Afectada Responsabilidad Medica

JURISPRUDENCIA

Daños y perjuicios. Mala praxis médica. Intervención quirúrgica.

Omisión de exploración de la zona afectada. Responsabilidad médica Se confirma la sentencia que hizo lugar a la demanda de daños deducida, pues surge probado que el galeno que intervino quirúrgicamente a la pretensora había incurrido en una mala práctica profesional, ya que omitió llevar a cabo una conducta diligente al omitir la exploración previa de la zona afectada a los efectos de detectar el mioma que no extrajo al llevar a cabo una histerectomía sub total. Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 14 días del mes de septiembre de dos mil dieciocho, reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, para conocer en los recursos interpuestos en los autos caratulados: ?Madroñal, Marcela Alejandra c/LOZA, Martín Carlos y otro s/daños y perjuicios?, EXPTE. N° 62779/2015, respecto de la sentencia de fs. 588/611 el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver: ¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?

Practicado el sorteo resultó que la votación debía efectuarse en el siguiente orden: Señores Jueces Doctores OMAR DIAZ SOLIMINE - ROBERTO PARRILLI - CLAUDIO RAMOS FEIJOO. A la cuestión planteada el Dr. Díaz Solimine, dijo: I.- ANTECEDENTES La sentencia de fs. 588/611 resolvió hacer lugar parcialmente a la demanda entablada por Marcela Alejandra Madroñal y, en consecuencia, condenó a Carlos Martín Loza y a Swiss Medical S.A. -en forma concurrente- a pagarle la suma de \$ 64.400, con más sus intereses y las costas del proceso. Asimismo, hizo extensiva dicha condena a Seguros Médicos S.A. en la medida del contrato de seguro. Contra el referido pronunciamiento se alzaron la actora (ver f. 612), los codemandados Swiss Medical S.A. y Carlos Martín Loza (ver fs. 616 y 621/622 -respectivamente-) y la citada en garantía Seguros Médicos S.A. (ver fs. 627/628). El hecho que aquí se ventila tiene su origen en la demanda de fs. 28/39 vta. por mala praxis médica. Allí la pretensora narró que, en el mes de marzo de 2013, en ocasión de realizarse una ecografía transvaginal que el Dr. Luis Borghi le había ordenado para control de rutina ginecológico, surgió la presencia de múltiples núcleos miomatosos (conocidos generalmente como ?fibromas?), siendo los dominantes de 77 x 60 mm. y 37 x 28 mm. -ambos de carácter intraligamentario-. Esbozó que, a partir de dicho descubrimiento, el mencionado profesional le ordenó concurrir regularmente para controles periódicos. En el mes de julio de 2013 -ante un nuevo control ordenado por aquel- se le realizó una ecografía en la que se detectó que los miomas se encontraban en pleno crecimiento y se le indicó que, por el tamaño de aquellos, correspondía su extirpación en forma medianamente urgente. Refirió que la técnica quirúrgica para dicha intervención consistía en extirpar los miomas -en principio- sin quitar el útero, pero eventualmente, ante alguna complicación o cambio de diagnóstico en el momento de la cirugía, podía llegar a ser necesaria la extirpación total del útero y su cuello. Adujo que el mencionado le comentó que no era conveniente dejar el cuello uterino por cuanto, en caso de alguna patología como cáncer de cuello uterino, no se podría aplicar radioterapia en el futuro. Manifestó que el Sr. Luis Borghi era su doctor de absoluta confianza, empero dado el costo elevado de la cirugía en cuestión (\$ 40.000 en esa época), optó por realizarse la operación a través de su sistema de medicina prepaga, Swiss Medical S.A. Así fue que llegó a manos del galeno demandado, quien la atendió por primera vez en el mes de agosto de 2013, en la filial de ?Swiss Medical? ubicada en Av. Pueyrredón 1443, donde presentó todos los estudios que se había realizado. Aquel profesional arribó al mismo diagnóstico que su médico particular, es decir, que debía realizarse una histerectomía (extirpar el útero) urgentemente. De esta manera, el 29 de agosto el Dr. Loza le realizó la intervención quirúrgica en la clínica Suizo Argentina, cuyo costo fue solventado íntegramente por su prepaga. Destacó que al finalizar la cirugía le comunicaron que le habían efectuado una histerectomía subtotal, lo que significa que se le extirpó el útero, pero se dejó el cuello. Permaneció internada en la clínica durante tres días con mucho dolor, drenaje, suero y una herida de 20 cm. aproximadamente, de lado a lado en la zona pelviana. Relató que al mes siguiente (septiembre de 2013) concurrió al control post-operatorio y le comunicó al Dr. Loza que los dolores no habían cesado, no había podido caminar y tenía el abdomen muy inflamado. Frente a ello, aquel le respondió que los síntomas eran normales; no obstante, le dio una orden para hacerse una ecografía de control que fue realizada el 04/10/2013 en el Centro de Diagnóstico Médico. El mencionado estudio arrojó como resultado: ?imagen hipoeoica de aspecto sólido aproximadamente 43x23mm?. En función de ello, la Dra. Machado Fare al suscribir el informe se preguntó: ¿¿fibroma? ¿hematoma?? y sugirió control y correlacionar con estudios previos indicando que no se observaron colecciones líquidas en cavidad pelviana. Sostuvo que al regresar nuevamente a control con el Dr. Loza, éste le comentó respecto de los resultados del último examen encomendado, que: ?los que hicieron la ecografía transvaginal no saben nada; eso es un hematoma, típico de estas operaciones?. Le indicó que en un mes regresara, para ver si se disolvía o reabsorbía el hematoma. Con tales antecedentes, alegó que el día 17/10/2013 ante los síntomas de dolor, inflamación y fiebre intentó

comunicarse con el Dr. Loza, pero éste no la atendió y su secretaria le informó que tampoco se encontraba en su consultorio particular. Es por eso que fue a la Clínica Santa Isabel y se atendió de guardia con el Dr. Diego Jonch. Le ordenó realizarse: análisis de sangre, orina, radiografía de abdomen y una nueva ecografía transvaginal. Descubrió que en este último examen volvió a aparecer una imagen de aspecto sólida hipoeoica de 41,8 mm. x 23,5 mm., por lo que le sugirieron control evolutivo. Agregó que, al día siguiente, el referido médico de guardia la citó para realizarle una tomografía computada, cuyo resultado arrojó ?a nivel para ovárico izquierdo de ubicación posterior una imagen de forma ovalada de aspecto sólido de bordes definidos con un diámetro de 36,27 x 26,59mm en su eje longitudinal y transversal respectivamente, el cual refuerza homogéneamente, tras la administración del contraste EV?; confirmándole -de esta manera- que dicha imagen que seguía apareciendo se trataba de un mioma (fibroma) ubicado en la zona superior del cuello uterino. En el mes de noviembre hizo una nueva consulta con el Dr. Mariano Baronio de CEGYR Medicina Genética y Reproductiva, quien le ordenó hacerse una resonancia magnética sin contraste. El estudio fue llevado a cabo en el Centro Diagnóstico Dr. Rossi y el resultado -entregado el 25/11/2013- concluyó lo mismo que los anteriores: imágenes con el aspecto de miomas del lado izquierdo. El galeno en cuestión le extendió un certificado indicando que se detectó mioma en cuello uterino y le recomendó control ecográfico cada cuatro meses. Posteriormente, el 17/12/2013, le llevó todos los estudios realizados al Dr. Loza. Éste último insistió -nuevamente- en que se trataba de un hematoma y le dio una orden para que se realizara una ecografía transvaginal con diagnóstico colección anexial. A tenor de su respuesta, esta fue la última vez que se atendió con el galeno demandado. Por último, expuso que el 14/04/2014 volvió a atenderse con su médico original, el Dr. Luis Borghi, quien -luego de revisarla- concluyó que se trataba de un mioma importante y le ordenó efectuarse una ecografía transvaginal y doppler de contraste para verificar si le habían dejado parte del endometrio debido a que seguía menstruando. En función de lo delineado, insistió en que la cuestión no se limita a la mera existencia del fibroma en sí, sino a que este sigue creciendo y no puede ser intervenida por segunda vez sin correr un serio riesgo de vida, ya que deben tocarse, correrse y moverse órganos vitales. Reclamó por los daños y perjuicios sufridos la suma de \$ 215.000, o en lo que en más o menos resulte de la prueba a producirse en autos, con más los respectivos intereses y costas del proceso.

II.- AGRAVIOS La accionante presentó sus quejas a fs. 636/637 vta. En primer lugar, señaló que, en virtud del principio de reparación integral, ?no sólo deben indemnizarse los daños físicos que impliquen una merma en la capacidad laborativa y/o de generar ingresos por parte del damnificado, sino que aún frente a la inexistencia de dicha merma, la sola lesión y/o afección que implique para una persona una consecuencia en su vida de relación debe ser indemnizada. Y tal como quedó demostrado en autos, la actora sufrió graves consecuencias en su vida a causa de la mala praxis de la que fuera víctima? (ver f. 637). Por otra parte, se refirió a los daños futuros objetivamente probables, sosteniendo que ?todas las posibles consecuencias futuras de la presencia del fibroma en el cuerpo de la actora son ciertamente posibles, tales como que este crezca en tamaño provocando serios inconvenientes físicos. Dichos eventuales daños, de concretarse en el futuro no podrán ser reclamados por el principio de cosa juzgada, dejando así indemne a una mujer que tendrá que vivir el resto de su vida con un fibroma que debió haberse extraído y que por un actuar negligente no se lo hizo? (ver f. 637 vta.). Dicha presentación fue respondida por Swiss Medical S.A. (ver fs. 679/680 vta.), Seguros Médicos S.A. y el codemandado Loza (ver fs. 682/689). Todos peticionaron la deserción del recurso de apelación por considerar que el instrumento en cuestión no constituye una crítica concreta y razonada del fallo que se considera equivocado conforme lo exige el código ritual. En subsidio, contestaron los agravios esgrimidos por la pretensora solicitando su rechazo, con costas. Por su parte, la codemandada Swiss Medical S.A. fundó su recurso a fs. 639/642. Se agravio de la responsabilidad endilgada en la instancia de grado, desde que considera que la sentencia es arbitraria por no valorar la prueba en su conjunto. Finalmente, el codemandado Loza expresó agravios a fs. 644/676 vta., a los que adhirió la citada en garantía Seguros Médicos S.A. a f. 677. Desarrolló sus quejas en torno a las siguientes cuestiones: a) errónea interpretación y aplicación del derecho aplicable en la especie, particularmente en lo atinente al análisis de los presupuestos de la responsabilidad civil y verificación concreta y correcta al caso de marras; b) valoración errada, parcial y arbitraria de las pruebas producidas en autos, concretamente los peritajes médicos rendidos y la historia clínica de la paciente; c) apartamiento manifiesto de las reglas de la sana crítica y la sentencia arbitraria que se dicta en consecuencia; d) imposición de costas; e) los rubros indemnizatorios y su cuantificación; f) la fecha de inicio fijada para el cómputo de los intereses, así como la tasa aplicada. Estas últimas dos piezas fueron contestadas por la actora a fs. 691/692 vta. y 693/695 vta., respectivamente. Peticionó que se declare desierto el recurso y -en subsidio- respondió los agravios. Antes de entrar en el examen del caso, es menester efectuar una advertencia preliminar: en el estudio y análisis de los agravios he de seguir el rumbo de la Corte Federal y de la buena doctrina interpretativa. En efecto, claro está que los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquéllas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso (ver CSJN, Fallos: 258:304; 262:222; 265:301; 272:225; Fassi Yañez, ?Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Anotado y Concordado?, T. I, p. 825; Fenocchiato Arazi. ?Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y Anotado?, T. 1, p. 620). Asimismo, en sentido análogo, tampoco es obligación del

juzgador ponderar todas las pruebas agregadas, sino únicamente las que estime apropiadas para resolver el conflicto (art. 386, in fine, del ritual; CSJN, Fallos: 274:113; 280:3201; 144:611). Dicho ello, me avocaré al tratamiento de los agravios, principiando -por elementales razones de orden metodológico- por los relativos a la atribución de responsabilidad. III.- RESPONSABILIDAD

El magistrado que me precedió -luego de encuadrar jurídicamente el caso y dar profusas citas legales- realizó una prolija reseña de las actuaciones, en especial de los testimonios recogidos en la causa y de la pericia médica, para concluir que el galeno que intervino quirúrgicamente a la pretensora había incurrido en una mala práctica profesional y que tal responsabilidad debía extenderse a la empresa de medicina prepaga. Dijo sucintamente que el Dr. Loza ?omitió llevar a cabo una conducta diligente al omitir la exploración previa de la zona afectada a los efectos de detectar el mioma que no extrajo al llevar a cabo una histerectomía sub total. No puede argumentar que realizó tal exploración ya que de haberla llevado a cabo debió haber detectado el mioma. De un modo u otro surge una violación de la ?lex artis' ya sea por imprudencia o negligencia al no llevar a cabo el acto de exploración o, de haberlo llevado a cabo, no haber detectado un mioma del tamaño del que aquí se trata? (ver fs. 602 vta./603). Frente a ello, los emplazados y la citada en garantía, le imputaron al juez de la anterior instancia que no ha apreciado el caso particular, sino que ha realizado un análisis ?de modo abstracto? omitiendo considerar los presupuestos exigibles de la responsabilidad civil, particularmente en lo que hace a la existencia de daño. Entre los principales argumentos de la expresión de agravios de aquellos apelantes encontramos los siguientes: que ?ningún estudio pre-operatorio definía la existencia de una lesión a nivel cervical uterino? y que ?la actora abandonó el seguimiento médico con el Dr. Loza, impidiéndole a éste continuar con su labor profesional? (ver f. 640); que lo referido a las maniobras exploratorias no fue planteado en la demanda y que ?aún demostrada la supuesta omisión de asentar las maniobras exploratorias en el parte operatorio, dicha situación no es suficiente motivo para condenarme, porque quedó demostrado que el supuesto mioma no extirpado, ninguna disfunción e incapacidad causa a la actora? (ver f. 659). Veamos. Como es sabido, la culpa médica consiste en la omisión de las diligencias exigidas por la naturaleza del deber profesional asumido y que corresponde a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (art. 512 del Código Civil -derogado pero aplicable al caso dada la fecha de ocurrencia de los hechos-; ver también art. 1724 del Código Civil y Comercial de la Nación) cuyo grado de responsabilidad ha de estimarse por la condición especial del agente (art. 909 del Código Civil). Para establecer tal culpabilidad, uno de los elementos decisivos consiste en desentrañar si ha existido un incumplimiento de las reglas del arte de curar. Después de valorar en concreto la naturaleza de la obligación y las circunstancias de personas, tiempo y lugar, el tipo de comparación será el de un profesional prudente y diligente de la categoría o clase en que quepa encuadrar la conducta del deudor en cada caso concreto (conf. Llambías, Jorge Joaquín, ?Tratado de Derecho Civil. Obligaciones?, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980, t. IV-B, p. 145, n° 2826; Bueres, Alberto J., ?Responsabilidad civil de los médicos?, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1994, t. 2, p. 94 y ss.; Lorenzetti, Ricardo Luis, ?Responsabilidad civil de los médicos?, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1997, t. I, p. 461 y ss.; Calvo Costa, Carlos Alberto, ?Daños ocasionados por la prestación médico-asistencial?, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 142 y ss., citado por CNCiv. Sala G en autos ?M., G. y Otro c/C. M. DE C. P. B. J. P. y otros s/Daños y perjuicios?, del 30/11/2015). Por eso, la responsabilidad de cualquier profesional se configura cuando este despliega, en concreto, una conducta no acorde con los principios reguladores de su status, que no son sino los relativos a su respectiva lex artis, o conjunto de prescripciones que marca las pautas de ejercicio de cada profesión (conf. Lafaille Héctor ?Derecho Civil- Tratado de las obligaciones, actualizado por Bueres Alberto J. y Mayo Jorge A., Buenos Aires, 2009, La Ley-Ediar, t. II, p. 760, n° 1303 bis) y causa un daño. En la inteligencia apuntada, pasaré a analizar el plexo probatorio de autos a efectos de verificar si los recurrentes han logrado acreditar los supuestos sobre los que fundan sus agravios. Al contestar demanda, la coaccionada Swiss Medical S.A. manifestó que ?de haber existido miomas cervicales y el Dr. Loza hubiese creído necesario realizar una histerectomía total, la habría llevado a cabo independientemente de la complejidad del procedimiento quirúrgico, pero tal como surge del parte operatorio, no había miomas visibles del cuello uterino al momento del acto quirúrgico, ni tampoco ningún impedimento para realizar una histerectomía sub-total (...) Se puede concluir que, dada la edad de la actora al momento de los hechos y la ausencia de miomas cervicales en la ecografía preoperatoria y en la exploración quirúrgica, sumado a todos los beneficios que aporta la histerectomía sub-total, esta última técnica era la más adecuada para la actora en ese momento? (ver fs. 191 vta./192). Prácticamente en el mismo sentido narró sus hechos el Dr. Loza (ver fs. 166 vta./167), a cuyo relato se adhirió su citada en garantía (ver f. 236 vta.). Contrariamente a lo expuesto en el párrafo precedente, al prestar declaración testimonial los Dres. Baronio, Jonch y Borghi, fueron contestes en señalar -entre otras cosas- que, de los estudios realizados con posterioridad a la intervención, se apreciaba la presencia del mioma. Destacaron -respectivamente- que: ?la resonancia es un estudio que no confunde un fibroma de un hematoma? (ver f. 412 vta.); que ?la impresión diagnosticada de ese momento fue esa, que era un mioma que había quedado? (ver f. 415 vta.); y que ?le pedí una ecografía que mostró la presencia del mioma que decía la tomografía computada? (ver f. 418 vta.). Asimismo, ante el cuestionamiento acerca de ?si el fibroma que presenta la Sra. Madroñal ya se encontraba presente al momento del primer diagnóstico

en el año 2013? (ver pregunta 9 a f. 417), el último galeno agregó que ?la lógica dice que sí. O sea no le puede haber crecido dos meses después de la operación, solamente tienen crecimiento rápido tumores muy agresivos? (ver f. 418 vta.). Explicó que ?cuando un cirujano abre el abdomen lo primero que hace antes de modificar nada es explorar el abdomen, mirar y tocar todo, y recién ahí decide lo que va a hacer; alguna vez puede ser que una cirugía pueda modificarse y no llegar o no poder hacer lo que estaba inicialmente propuesto por distintas condiciones y es razonable que tenga esta conducta siempre y cuando la consigne en el parte quirúrgico, por qué tomo esta decisión. Es como que abro el cajón y me fijo que hay? (ver f. 419 vta.). A fs. 390/399 vta. luce agregada la experticia médica (ver asimismo las aclaraciones presentadas a requerimiento de las partes a fs. 432/437, 450/455 y 457/461). Cabe aclarar que aquella adquiere especial relevancia en este tipo de procesos, aunque -y esto es central- no puede olvidarse que aquella no reviste el carácter de prueba legal por lo que su valoración ha de serlo con arreglo a las pautas del art. 477 del C.P.C.C.N.; esto es, teniendo en cuenta la competencia del perito, los principios científicos o técnicos en que se funda, las observaciones formuladas por los consultores técnicos o los letrados, los demás elementos de convicción que la causa ofrezca y claro está, las reglas de la sana crítica que no son otra cosa que las de la lógica y la experiencia del juez. Allí, el experto médico designado de oficio informó que el fibroma en cuestión es probable ?que ya se encontrara en el momento de la cirugía del 29/08/13? (ver respuesta 10 a f. 394), que ?Durante dicho procedimiento no le fue removido un mioma que se encontraba en el espacio denominado ístmico-cervical, no pudiéndose determinar si era intraligamentario o no? (ver fs. 454 vta. y 460 vta.), y que no figura en el parte quirúrgico ?que el Dr. Loza haya realizado ninguna maniobra intraoperatoria de tipo palpatorio, a fin de poder determinar la presencia de un mioma intraligamentario; sobre todo a nivel de los parametrios? (ver f. 457). La responsabilidad del médico es subjetiva y se vincula con el deber de diligencia en su obrar, debiendo este responder por su negligencia, imprudencia o impericia cuando estas, además, tuvieran relación de causalidad con el daño causado. Sin embargo, se debe tener en cuenta el seguimiento de las opciones que de ordinario conducen a un resultado pero que de ninguna forma pueden asegurarlo (art. 20 inc. 1 y 2 de la ley 17.132). De no ser así, nadie asumiría los riesgos ínsitos en cada acto médico, máxime en los quirúrgicos, ante el temor de sufrirlos indefectiblemente. Dado entonces que la diligencia de los médicos se ha de apreciar con un criterio severo, se advertirá que en esta materia no se han de excluir las ?culpas pequeñas?. Ello es así porque, al intervenir valores tan trascendentes, la menor imprudencia, negligencia o descuido tendrá una dimensión especial que le ha de conferir una singular gravedad, susceptible de desencadenar la responsabilidad profesional. Esto significa que lo que se ha de exigir es una diligencia máxima teniendo en cuenta la mayor capacidad de previsión del profesional; el que en todo tiempo debe asumir una posición de prevención, con el deber de adoptar todos los recaudos que resulten indispensables para atender a la seguridad del paciente (CSJN, 13/10/1989, ?Amante c/Asoc. Mutual Transp. Automotor?, ED 136-679 y JA 1990-II-126; esta Sala, ?Simone de Del Moral, Emilia Rosa y otros c/Granja, Miguel Ángel y otro s/Daños y perjuicios?, del 18/03/2008; ?Martín, Alicia Irene c/Obra Social Bancaria Argentina s/Daños y Perjuicios?, del 18/07/2008; ?Berard de Meligrana, María Beatriz c/Medicus S.A. y otro s/Daños y perjuicios?, del 08/04/2008; CNCiv., Sala A, ?Abraham, Julio c/Covaro, Jorge A.?, del 29/08/1989; ?Romero, María Inés c/M.C.B.A.?, del 10/09/2001; Sala F, ?B., J. V. y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires?, del 29/02/2008, JA 2008-IV, fascículo N° 10, del 3/12/2008, p. 59; Sala H, ?Gutiérrez, María E. c/Intermedics?, del 21/06/1995; CNCyCF., Sala I, 10/08/1984, ED 111-110 y LL 1985-A-612). Lo expuesto hasta aquí me lleva a coincidir con el juez de grado, en cuanto a que el codemandado Loza obró de manera imprudente o negligente, al no haber llevado a cabo diligentemente las maniobras exploratorias necesarias para advertir la presencia del mioma que luego él califica como hematoma (conf. arts. 512, 902 y 912 del Código Civil) y a encontrarse acreditada la posibilidad de obrar de otra manera para evitar el daño. Ello, a pesar de que no surja con exactitud en los estudios pre-quirúrgicos la presencia del mioma en el cuello del útero; puesto que era obligación del galeno extremar las precauciones al intervenir a su paciente, proporcionándole la debida atención, diligencia y prudencia que merecía el caso. Acreditada la responsabilidad del profesional interviniente, trataré el agravio del Dr. Loza en punto a que ?no existe daño alguno en la actora ni secuela de índole física -eje central del reclamo del líbello inicial- que fundamente la indemnización indebidamente otorgada en favor de la accionante?, y a que -por ende- que no se verifican, en la especie, los presupuestos de la responsabilidad civil (es decir, existencia de un daño causado, antijuridicidad o ilicitud, relación de causalidad entre el obrar humano violatorio del ordenamiento jurídico y el daño; y la imputabilidad del autor de ese hecho a través de un factor de atribución). Cabe recordarle al recurrente que el daño se define como todo detrimento, mengua o menoscabo que sufre una persona en sus bienes patrimoniales o económicos, en ciertas condiciones -daño material- (arts. 519 y 1068/1069 del Código Civil), y en hipótesis particulares la lesión al honor o a las afecciones íntimas, o en general a los llamados derechos ?de la personalidad o personalísimos? -daño moral o extrapatrimonial- (arts. 522 y 1078 del Código Civil; Trigo Represas, Félix A. y López Meza, Marcelo J., Tratado de la Responsabilidad Civil, T. I, 1ed., La Ley, 2004). En otras palabras, vale decir que el sólo hecho de que la actora -conforme la experticia médica- no posea incapacidad física alguna (ver f. 394), de ningún modo alcanzaría para sostener que aquella no ha sufrido un ?daño? por el hecho bajo análisis. Probada la culpa médica, y dado que la

prepaga ?Swiss Medical? no controvertió el encuadre jurídico y la naturaleza de la responsabilidad que les cabe a ese tipo de entes -postulada por el a quo, a lo cual adhiero- corresponde confirmar la sentencia de grado en cuanto a su responsabilidad por la actuación del médico. Corolario de lo expuesto, propiciaré al Acuerdo la confirmación de la condena. IV.- RUBROS INDEMNIZATORIOS IV.1.- Por buen orden, debo comenzar por decir que lo expresado por el codemandado Loza en el apartado ?2.1.5. DEL QUINTO AGRAVIO: de los rubros indemnizatorios y su cuantificación? de su escrito de expresión de agravios (ver f. 667 vta./669 vta.), no cumple con los requisitos de admisibilidad que determina el art. 265 del C.P.C.C.N., pues no resulta una crítica concreta y razonada de la parte del fallo que se considera equivocada (conf. CNCiv. Sala D, 7-3-75 ED 65-386). Así, toda vez el apelante ha omitido realizar un ataque directo y pertinente a la fundamentación de la sentencia sobre los rubros indemnizatorios y su cuantificación, el recurso debe ser declarado desierto en lo que hace a este aspecto. IV.2.- INCAPACIDAD SOBREVINIENTE (DAÑO FÍSICO) El a quo, meritando -con sustento en la experticia médica- que si bien la actora posee un fibroma que no le fue oportunamente extraído, ello no le ocasiona una incapacidad física, y que tampoco surge la existencia de un daño futuro cierto, determinó que el reclamo por daño físico debía ser desestimado (ver fs. 605 vta./608). De ello se queja la accionante, arguyendo que con el criterio utilizado por el magistrado de la anterior instancia ?ningún daño ginecológico generaría nunca un daño resarcible, por cuanto resulta prácticamente imposible encuadrar los mismos en alguno de los baremos de la ley. De allí que no se les puede asignar nunca un porcentaje concreto de incapacidad, y en consecuencia considerar que, por ello, dicho daño se encuentra privado del deber de reparación es una cuestión claramente antijurídica y por sobre todas las cosas discriminatoria contra las mujeres? (ver f. 637). Veamos. La partida en cuestión procura el resarcimiento de los perjuicios que tuvieron por efecto disminuir la capacidad vital de la persona afectada, lo que incide en todas las actividades, no solamente en la productiva sino también en la social, cultural, y fundamentalmente en la individual (conf. CNCiv., Sala C, ?Arias Gustavo G. c/Fuentes Esteban?, del 21/03/1995). Tal criterio se sustenta en el derecho del sujeto a conservar ileso e intacto su cuerpo dado que, aún con la mejor evolución posible de las lesiones sufridas, será harto difícil o imposible restablecer por completo en el organismo alterado la situación de incolumidad anterior; y esta situación es la que determina un perjuicio reparable. Consecuentemente, rigiéndonos por el principio de la reparación integral, es obligación de los jueces cubrir el demérito que del ilícito resulte a la víctima. A la hora de analizar este capítulo se debe ponderar entonces el daño ocasionado, traducido en una disminución de la capacidad por cualquier perjuicio en el aspecto físico de la salud o en el mental, aunque no medien alteraciones corporales. Y se lo hace no sólo con relación a la aptitud laboral, sino también a la actividad social, cultural, etc. (arts. 901 y 904 del Código Civil), amén de considerar edad, sexo y ocupación. En conclusión, la incapacidad debe meritarse como disminución genérica de la relacionada aptitud física de la cual gozaba la peticionaria antes del siniestro (art. 1083 del Código Civil). Por supuesto, una de las pruebas fundamentales para resolver este acápite es la pericial médica, que en autos obra a fs. 390/399 vta. (ver asimismo las aclaraciones presentadas a requerimiento de las partes a fs. 432/437, 450/455 y 457/461). Allí, sobre las consecuencias físicas de la presencia del referido fibroma para la actora, el experto comenzó señalando que ?Durante el interrogatorio, la actora refirió que en la actualidad presenta dispareunia (dolor durante las relaciones sexuales)?, pero más allá de eso sólo pudo dictaminar que ?no es posible determinar hoy qué otra sintomatología podría padecer a futuro?. Y, en definitiva concluyó que ?Al momento del examen, según los baremos consultados (Baremo General para el Fuero Civil de Altube-Rinaldi -Baremo Laboral del Decreto 659/96), la actora no presenta incapacidades tabulables en relación al hecho que origina la demanda? (ver respuestas 11, 12 y 13 a f. 394). Asimismo, es de destacar que, un poco antes, el perito había tenido oportunidad de dictaminar que a su criterio ?existe la posibilidad de realizar una nueva intervención quirúrgica para resolver el problema del mioma cervical?, dejando asentado que las complicaciones posibles, aunque no esperables, ?tienen que ver con sangrado, una lesión de víscera hueca o de las vías urinarias? (ver respuesta 8 a f. 394). Y también que, más adelante, explicó que ?La sola presencia de miomas uterinos no entraña per se un riesgo de vida para la mujer portadora. Sólo un 0,5% de los miomas sufren una degeneración sarcomatosa (sarcomas). Si pueden afectar la calidad de vida cuando se vuelven sintomáticos.? (ver respuesta 20 a f. 398 vta.). Ya en su primera presentación de aclaraciones, a requerimiento de la actora, y en respuesta a un punto en el que dicha parte insistía en que determinara ?cuáles son las consecuencias físicas que puede presentar la actora a futuro con motivo de esta patología?, el experto fue contundente en contestar que desde el punto de vista científico esa determinación no puede hacerse. En ese sentido, amplió su respuesta añadiendo: ?Solamente podríamos decir que dado que se trata de un mioma ístmico cervical no va a responder a los cambios hormonales que se originarán cuando la paciente ingrese en la menopausia, por lo tanto puede suceder que continúe aumentando de tamaño. De comportarse de esta manera en el caso de la actora podrían originar dispareunia (relaciones sexuales dolorosas), sensación de presión o un bulto en el abdomen y obstrucción miccional (si se encontrara en relación con el cuello vesical). Pero no podemos realizar ninguna afirmación desde el punto de vista científico sin hacer futurología, como bien lo expresa la parte, dado que también se encuentran descriptos en los trabajos científicos, miomas cervicales que involucionan espontáneamente, generalmente por falta de irrigación.? Y a continuación reiteró que ?De todas

maneras, por tratarse de una patología benigna, ante la evolución tórpida con sintomatología manifiesta, el cuadro podría resolverse con una nueva intervención quirúrgica.? (ver respuesta 9 a f. 435 vta.; el destacado me pertenece). El perito volvió luego a referirse al tema de las consecuencias físicas actuales o eventuales de la patología en cuestión al contestar la impugnación efectuada al respecto por Swiss Medical S.A. En esa oportunidad, comenzó afirmando estar ?en total acuerdo? con dicha parte en cuanto a que ?el síntoma dispareunia puede deberse a múltiples causas?, aclarando que ?es por eso que este perito lo expresó como un dato referido por la paciente durante el interrogatorio y no como una conclusión personal.? Y, a párrafo seguido, luego de reiterar que ?no es posible determinar hoy qué otra patología podría padecer a futuro?, agregó que ?se puede ampliar diciendo que según la bibliografía al respecto las pacientes con miomas cervicales residuales, pueden presentar a futuro: sangrado, dificultad para orinar y prolapso genital entre otras patologías? (ver respuesta 11 a f. 458). Así, indagado sobre esta misma cuestión por distintas partes -que, como es lógico, buscaban que respondiera en diferente sentido- sin embargo el idóneo, sin perjuicio de aportar los datos teóricos sobre el espectro de posibilidades que podrían eventualmente presentarse, se mantuvo firme en su conclusión original en cuanto a que, desde un punto de vista científico no es posible determinar si, efectivamente, alguna de las patologías descriptas en la bibliografía vinculada puede llegar a verificarse en el futuro en el caso de la actora. En este sentido, nótese que la propia accionante en la fundamentación de su recurso define al daño por el que reclama como ?posible? (ver f. 637 vta.); palabra que es definida por la R.A.E. en una de sus acepciones como: ?que puede suceder o no?. Al respecto, corresponde decir que cuando -como en el caso- lo reclamado se sustenta en la invocación de un daño futuro, no es preciso la seguridad de que sobrevendrá, pero si un suficiente grado de probabilidad de que ello ocurra. Y, en la especie, es evidente que el perito médico de oficio no ha podido determinar si alguna de las consecuencias que describe genéricamente -con sustento en literatura médica sobre el tema-, efectivamente, puede esperarse en el caso concreto con un grado de probabilidad suficiente como justificar un resarcimiento por daño futuro. Ello no quita que los daños de índole moral, que se presumen por la propia existencia del injusto, deban admitirse, tal cual lo hizo el a quo. En virtud de lo antedicho, propondré al Acuerdo confirmar lo decidido en la instancia de grado en este punto.

V.- INTERESES Haciendo aplicación analógica de lo dispuesto en los plenarios dictados por esta Excma. Cámara en autos ?Gómez c/Empresa? el 16 de diciembre de 1958 y ?Samudio de Martínez, Ladislao c/Transportes 270 S.A. s/Daños y perjuicios? el 20 de abril de 2009, en el fallo en crisis se dispuso aplicar la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, desde el inicio de la mora (es decir, el 29 de agosto de 2013, fecha en que se llevó a cabo la operación) hasta el cumplimiento de la sentencia. Esta decisión es cuestionada por el codemandado Loza, en términos a los que adhirió la citada en garantía Seguros Médicos S.A., por considerar que configuraría un enriquecimiento indebido en favor de la actora, solicitando que, de confirmarse la sentencia, se la modifique ?en lo que atañe a la tasa de interés a devengarse entre la fecha de notificación de la demanda y la del citado pronunciamiento a la del 6% anual? (ver fs. 669 vta./675 vta.). En primer lugar, he de señalar que la ley 26.853, de creación de las Cámaras Federales de Casación, deroga el art. 303 del C.P.C.C.N. y que su interpretación ha dado lugar a distintas posturas en orden a la actual vigencia de tal derogación. Así, según una de ellas, la derogación expresa de los arts. 302 y 303 del ritual opera, de acuerdo al art. 15 de la citada ley, a partir de su publicación; mientras que, de acuerdo a la otra posición, para la Cámara y los jueces de primera instancia, la obligatoriedad de la doctrina plenaria se mantiene vigente hasta tanto no suceda un hecho futuro e incierto, como es la constitución de los tribunales previstos por la ley 26.853 y la puesta en funcionamiento de las respectivas Cámaras. De todos modos, más allá de cual de aquellas posturas se adopte sobre la vigencia temporal de la derogación del art. 303 del C.P.C.C.N., lo cierto es que comparto la interpretación legal y los fundamentos que resultan del voto de la mayoría del fallo plenario dictado por esta Excma. Cámara in re ?Samudio de Martínez, L. c/Transportes Doscientos Setenta S.A. s/Daños y perjuicios? el 20 de abril de 2009, lo que sella la suerte adversa de la queja del coaccionado -a la que adhiere su aseguradora- en punto a la tasa de interés dispuesta en el fallo en crisis. En efecto, como he explicado ya en numerosos precedentes, si bien pretéritamente sostuve que la tasa pasiva era la que debía aplicarse sobre aquellas partidas fijadas a valores actuales desde que cada perjuicio se originó hasta la fecha de la sentencia definitiva, un nuevo estudio del tema y el cambio de las circunstancias de hecho existentes al momento del dictado del plenario, me indujeron a cambiar de posición. En este entendimiento, considero ahora que debe aplicarse la tasa activa al capital de condena desde el momento del hecho, toda vez que esta no genera o configura un ?enriquecimiento indebido? ni una ?doble actualización?. Si así fuera, e importara una situación excepcional que se apartara de la regla general establecida en el mencionado plenario, debe ser probada en forma clara y contundente por el deudor en el ámbito del proceso (conf. art. 377 del C.P.C.C.N.), circunstancia que no se verifica en el presente, por lo cual voto por confirmar la tasa de interés dispuesta en el fallo en crisis, que deberá aplicarse desde el momento del hecho al monto de condena, con exclusión de la suma concedida a los fines del tratamiento psicológico, en cuyo caso la tasa activa de interés deberá computarse a partir del presente pronunciamiento, por tratarse de gastos futuros, aún no realizados.

VI.- COSTAS Por último, se agravia el codemandado Loza -y, por adhesión también la citada en garantía Seguros Médicos S.A.- en cuanto a la forma

en que fueron impuestas las costas en la instancia de grado. Como es sabido, el art. 68 del C.P.C.C.N. consagra el criterio objetivo de la derrota para la imposición de los gastos causídicos. Es que las costas son un corolario del vencimiento, y tienden a resarcir al vencedor de los gastos de justicia en que debió incurrir para obtener ante el órgano jurisdiccional la satisfacción de su derecho. Así, deben ser reembolsadas por el vencido con prescindencia de la buena fe, de su mayor o menor razón para litigar y de todo concepto de culpa, negligencia, imprudencia o riesgo y de la malicia o temeridad de su contrario (conf. CNCiv., Sala A, ED 90-504; Sala D, LL 1977-A-433; Sala F, JA 1982-I-173; Sala H, ?Arena, María c/Empresa Línea 47 S.A. s/Daños y perjuicios?, del 14/06/1994). En este sentido, se ha resuelto que ellas deben ser soportadas íntegramente por la parte que dio origen al reclamo e hizo necesario acudir a la vía judicial para el reconocimiento del derecho invocado. Por lo tanto, si la accionada resultó vencida, toda vez que se hizo lugar a la demanda, las costas deberán ser soportadas por la perdedora. Sin embargo, el citado art. 68 en su segunda parte dispone que el juez podrá eximir total o parcialmente de esa responsabilidad al litigante vencido, siempre que encontrare mérito para ello, expresándolo en su pronunciamiento, bajo pena de nulidad. Así, la eximición que autoriza dicha norma procede, en general, cuando media ?razón fundada para litigar?, expresión que contempla aquellos supuestos en que, por las particularidades del caso, cabe considerar que el vencido actuó sobre la base de una convicción razonable acerca del hecho invocado en el litigio. Pero no se trata de la mera creencia subjetiva en orden a la razonabilidad de su pretensión, sino de la existencia de circunstancias objetivas que demuestren la concurrencia de un justificativo para eximirlo de las costas, lo que sólo ha de disponerse cuando existan motivos muy fundados, por la preponderancia del criterio objetivo de la derrota (conf. CNCiv., Sala E, ?Becerra de Delgado c/Delgado s/Medidas precautorias?, del 26/12/1997). En función de lo decidido sobre la atribución de responsabilidad en el acápite III.- y resultando los argumentos esgrimidos por los apelantes insuficientes a los fines de sustentar la eximición de costas que pretenden, no encuentro motivo para apartarme del principio objetivo de la derrota, por lo que voto por confirmar la imposición de costas decidida en la sentencia de grado. VII.- CONCLUSIÓN Por lo expuesto, de compartir mi voto, propongo al Acuerdo: 1) Modificar la sentencia apelada de forma tal que los intereses se calculen conforme los lineamientos esbozados en el acápite V.-; 2) Confirmar todo lo demás que la sentencia decide y fue motivo de agravio; 3) Imponer las costas de Alzada de igual modo que en la instancia de grado (art. 68 del C.P.C.C.N.). Los Dres. Parrilli y Ramos Feijóo, por análogas razones a las aducidas por el Dr. Díaz Solimine, votaron en el mismo sentido a la cuestión propuesta. Con lo que terminó el acto: OMAR DÍAZ SOLIMINE - ROBERTO PARRILLI - CLAUDIO RAMOS FEIJOÓ. Es copia fiel del Acuerdo que obra en la Pág. n°a n°del Libro de Acuerdos de esta Sala ?B? de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Buenos Aires, 14 de septiembre de 2018. Y VISTOS: Por lo que resulta de la votación que instruye el Acuerdo que antecede, se resuelve: 1) Modificar la sentencia apelada de forma tal que los intereses se calculen conforme los lineamientos esbozados en el acápite V.-; 2) Confirmar todo lo demás que la sentencia decide y fue motivo de agravio; 3) Imponer las costas de Alzada de igual modo que en la instancia de grado (art. 68 del C.P.C.C.N.). Regístrese, protocolícese y notifíquese. Oportunamente publíquese (conf. C.S.J.N. Acordada 24/2013). Fecho, devuélvase. Fecha de firma: 14/09/2018 Alta en sistema: 18/09/2018 Firmado por: DR. CLAUDIO RAMOS FEIJOÓ, JUEZ DE CÁMARA Firmado por: DR. ROBERTO PARRILLI, JUEZ DE CÁMARA Firmado por: DR. OMAR LUIS DÍAZ SOLIMINE, SUBROGANTE Co rrelaciones Demarchi Arballo, Verónica, LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS ASEGURADORAS DE RIESGOS DEL TRABAJO POR MALA PRAXIS MÉDICA, Temas de Derecho Laboral y de la Seguridad Social, Julio 2017 033177E