

Mala Praxis Medica Obrar Negligente Muerte Del Paciente Indemnizacion Chance De Sobrevida

JURISPRUDENCIA

Mala praxis médica. Obrar negligente. Muerte del paciente.

Indemnización. Chance de sobrevida Se modifica la sentencia de grado y se hace lugar a la pretensión por el daño material por pérdida de chance de sobrevida, en el marco de una mala praxis médica por el obrar negligente e insuficiente de los demandados que no arbitraron los medios para un correcto diagnóstico y tratamiento del menor. En la ciudad de San Justo, Provincia de Buenos Aires, a los 21 días del mes de noviembre de dos mil diecisiete, reunidos en Acuerdo Ordinario, los Señores Jueces de la Excelentísima Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Primera, del Departamento Judicial La Matanza, Doctores Héctor Roberto Pérez Catella y Ramón Domingo Posca, para dictar pronunciamiento en los autos caratulados: ?MANSILLA LILIANA Y OTROS C/ SASSO RAFAEL Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS? (causa nro. 4854/1), 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. PÉREZ CATELLA - DR. TARABORRELLI DR. POSCA; (dejándose constancia que el Dr. Taraborrelli no se encuentra presente en el acuerdo), resolviéndose plantear y votar las siguientes: CUESTIONES 1ª cuestión: ¿Corresponde decretar la deserción del recurso incoado a fs. 823 y de 833? 2ª cuestión: ¿Es justa la sentencia apelada? 3ª cuestión: ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? VOTACION A LA PRIMERA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR HECTOR ROBERTO PÉREZ CATELLA, dijo: I.- Los antecedentes del caso. La señora juez de la instancia anterior resolvió hacer lugar a la demanda promovida por David Natanael, Jonathan Daniel, Ariel Ezequiel Saavedra y Liliana Noemí Mansilla, por si y en representación de su hija Rocío Noemí Saavedra; en consecuencia, condeno a Rafael Sasso y a Sanatorio Privado San Mauricio S.R.L. a abonar la suma de ciento cincuenta mil pesos (\$ 150.000) en el término de diez (10) días, con más los intereses calculados a la tasa e hizo extensiva la condena contra la citada en garantía Seguros Médicos S.A. en lo que exceda de la franquicia y hasta el límite de cobertura, también hizo extensiva la condena contra la citada en garantía Noble S.A. Aseguradora de Responsabilidad Profesional en lo que exceda de la franquicia y hasta el límite de cobertura e impuso las costas a la parte demandada vencida. Finalmente difirió la regulación de honorarios para la oportunidad del art. 51 del decreto ley 8904/77. Contra dicho pronunciamiento a fojas 819 interpuesto recurso de apelación la parte actora, que fue concedido libremente a fojas 820. Tomando intervención que le corresponde, a fojas 821, la Asesoría de Menores e Incapaces. A fojas 823 interpone recurso de apelación el letrado apoderado de los codemandados Rafael Sasso, Sanatorio Privado San Mauricio SRL. y Seguros Médicos S.A., concediéndose el recurso libremente a fojas 824. A fojas 833, el letrado apoderado de Noble SA. Asegurador de Responsabilidad Profesional, apela la sentencia y a fojas 834 se concede el recurso libremente. A fojas 838 radicados los autos en esta sala se llamo a expresar agravios, haciéndolo la parte actora a fojas 839/878, el letrado apoderado de los codemandados Rafael Sasso, Sanatorio Privado San Mauricio S.R.L. y Seguros Médicos S.A., a fojas 880/886 y a fojas 888/895 el letrado apoderado de Noble Compañía de Seguros S.A. A fojas 899 se corre el respectivo traslado, contestando los mismos a fojas 901/909 únicamente la parte actora. II. Los agravios. a.- Los Agravios de la parte actora. A fojas 839/876 expresa agravios la parte actora en este sentido alega que la sentencia de causa gravamen: 1) Por haberse dispuesto la aplicación del Código Civil de Vélez Sarsfield en lugar de las disposiciones del nuevo Código Civil y Comercial conforme la reforma introducida por la ley 26.994, en abierto colisión con los normado en el artículo 7 de citado cuerpo normativo. 2) Por cuanto la sentencia recurrida considera la mala praxis causado la perdida de chance de sobrevida del menor y no su muerte como realmente ocurrió.3) Por haberse desestimado sin fundamento alguno el reclamo del menor por incapacidad total permanente. 4) Por considerar extremadamente reducido el quantum indemnizatorio establecido a favor del menor D. Y. en concepto de daño moral. 5) Por no haber la sentencia recurrida tratado y decidido el reclamo deducido por los padres del menor en concepto de daño moral durante el periodo de tiempo desde la primera consulta sanatorial hasta el posterior fallecimiento del menor, solicita en consecuencia el tratamiento del reclamo en los términos de los artículos 273 y concordantes del CPCC. 6) Por haber rechazado el reclamo deducido en concepto de daño material de la muerte del menor D. Y. S. 7) Por considerar extremadamente reducido el quantum indemnizatorio en concepto de daños Moral a favor de los padres del menor y por haberlo establecido en relación a la pérdida de chance de sobrevida y no por la muerte del menor como correspondía. 8) Por hacer una distinción en cuanto a la aplicación de los intereses distinción que no surge de ningún cuerpo legal, y también por el momento que toma desde cuándo deben correr los intereses. b.- La parte demandada y citada en garantía Seguros Medicos S.A. expresa los agravios fojas 881/887, en términos generales sostiene que la sentencia es arbitraria, porque se caracteriza por la presidencia de razones plausibles, y de elementos probatorios incorporados a las causas provistos de relevancia para

resolverla. Asimismo sostiene que el "A Quo" interpreta erráticamente y parcialmente prueba. En particular crítica el fallo señalando: 1) Que la sentencia para sostener que existió una omisión grosera de su parte efectuó un desconocimiento absoluto de los factores conducentes atribución de responsabilidad. 2) Que la sentencia para sostener que existió una omisión grosera, se sustenta en afirmaciones dogmáticas y fundamentos aparentes que le restan toda fuerza de convicción al fallo. 3) Que así, la sentencia se aparta de las constancias de la causa no valorando prueba por demás conducente. 4) La imposición de costas. 5) Subsidiariamente, y para el caso que se hiciera lugar a la demanda se agravia de la procedencia y extensión de los montos indemnizatorios reconocidos a favor de los actores.

c.- Los agravios de la citada en garantía Noble Compañía de Seguros S.A. sostiene el letrado apoderado que la sentencia le causa gravamen; 1) Por que el menor fallecido recibió atención en el Sanatorio Privado San Mauricio, de una enfermedad sumamente grave y con pronóstico de vida limitado, en un periodo muy corto de tiempo entre el 15 de febrero y el 14 de marzo del año 2007 es decir que la incidencia que pudo tener la atención en el nosocomio fue mínima y que el mal ya aquejaba al menor desde antes acudiendo al médico con los síntomas de la enfermedad y señala que los dictámenes médicos no determinan en porcentajes cual es la incidencia pudo tener la atención en la clínica con la evolución de la enfermedad por tan corta atención. 2) La procedencia y extensión de la partida daño moral.

LA SOLUCION. III.- La deserción de los recursos de apelación interpuestos por los demandados. Previamente, por una cuestión metodológica, corresponde resolver el planteo que formula la parte actora a fojas 901/902 y 903/904, solicitando la deserción de los recursos incoados por la demandada y por la citada, toda vez que -según su opinión- en la piezas fundantes de los recursos no verifica un mínimo indispensable de crítica que se ajuste a los requisitos legales. Abocado a esta primera cuestión, de la atenta lectura de las piezas de agravios que lucen glosadas a fs. 881/886 y 888/895 vta., surge a todas luces y "prima facie", desde la óptica formal que dichos escritos que impugnan el pronunciamiento de Primera Instancia, constituyen una crítica concreta y razonada de las partes del fallo que los apelantes -desde su ángulo de visión subjetivo- consideran equivocado. Por lo tanto, corresponde decretar el rechazo del pedido de deserción de los recursos, por ajustarse las piezas cuestionadas, desde la óptica técnico-formal y "prima facie" a las prescripciones legales del art. 260 y 261 del C.P.C.C. y en virtud de ello los recursos deben ser analizados. Por las consideraciones legales expuestas, VOTO POR LA NEGATIVA. Por análogos fundamentos el Dr. Posca también VOTA POR LA NEGATIVA.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR HECTOR ROBERTO PÉREZ CATELLA, dijo: Centrados los agravios que constituyen el marco cognoscitivo de ésta instancia jurisdiccional, me abocaré al tratamiento de los mismos. IV. Aplicación temporal de la ley. Se agravia la parte actora por haberse dispuesto en la sentencia la aplicación del Código Civil de Vélez Sarsfield en lugar de las disposiciones del nuevo Código Civil y Comercial conforma la reforma introducida por la ley 26.994, en abierto colisión con lo normado en el artículo 7 de citado cuerpo normativo. Al respecto, "es del caso señalar que el art. 7 del nuevo Código determina (con una redacción que -en lo que interesa al presente- es casi idéntica a la del art. 3 del ordenamiento derogado) que "a partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. La leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo". Ahora bien, "a la luz de lo expuesto cabe determinar si casos como el presente (responsabilidad médica) deben resolverse con apoyatura en la normativa ahora derogada o si deviene de aplicación la nueva preceptiva del Código Civil y Comercial de la Nación". En este sentido coincido con lo sostenido por autorizadísima doctrina; dijo la Dra. Kemelmajer de Carlucci que en su mayoría la doctrina y jurisprudencia, entiende que los hechos dañosos acaecidos antes del 1 de agosto de 2015 se rigen por el Código Civil y señala que esta regla rige en los siguientes aspectos: (i) todos los presupuestos de responsabilidad civil como relación creditoria: la antijuridicidad; los factores de atribución; la relación causal y el daño; (ii) la legitimación para reclamar; (iii) La pérdida de chance como daño resarcible, aún si se trata de daños causados en la relaciones de consumo. Señala además la prestigiosa autora que la responsabilidad medica se rige, en cuanto a los presupuestos constitutivos, por la ley vigente al momento del hecho (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, Segunda Parte Rubinzal- Culzoni Editores, p. 232 y 237 y jurisprudencia citada CNCiv., Sala H, 1-10-2015, MJ-JU-M95326-AR, MJJ95326, ID., 3-216, EL Dial.com-AA958D, del 5-4-2016) Es decir la responsabilidad civil se rige por la ley vigente al momento del hecho antijurídico dañoso (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, RubinzalCulzoni Editores, ps. 100/101), evocando múltiples precedentes judiciales en el mismo sentido. Es incluso, "la posición que ha adoptado -en algún caso- la cimera jurisdicción local (Sup. Corte Bs. As., 2/3/2011, ca. C 107.423, publ. en Cuadernos de Doctrina Legal, nro. III, ps. 19 y sigtes.), donde el tribunal señalaba -memorando incluso sus precedentes anteriores- que el art. 3 del Código Civil establece que las leyes valen a partir de su entrada en vigencia aún para las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, es decir que consagra el principio de la aplicación inmediata de la legislación nueva que

rige para los hechos que están en curso de desarrollo al tiempo de su sanción. Empero la misma no resulta aplicable respecto de hechos consumados con anterioridad a su vigencia. La regla de la carga probatoria. También la apelante se siente perjudicada al no aplicarse la carga de la prueba o bien la inversión de la carga de la prueba como regla procesal a la relación de consumo. En este sentido si bien es cierto que el artículo 1735 del Código Civil y comercial establece las cargas probatorias dinámicas y es de aplicación inmediata por que la norma tiene naturaleza procesal, como sostiene autorizada doctrina que comparto, no se aplica, cuando como en el caso, al momento de la entrada en vigencia del CC y C la prueba ya se había ofrecido y/o el juez en forma oficiosa, no hubiera sustanciado la cuestión (Arazi, Aplicación del Código Civil y Comercial a las situaciones existentes y procesos en trámite en el Derecho de Familia cit. P. 23). En este sentido cierta corriente jurisprudencial que comparto sostuvo que ¿Si la prueba en un proceso de daños por mala praxis médica se produjo con anterioridad a la vigencia del nuevo CC y C, no corresponde la teoría de las cargas dinámica prevista en el artículo 1735 de aquel sino que debe regirse en cuanto a la carga de la prueba de conformidad con la ley procesal vigente al momento de la sustanciación del juicio, pues si bien las normas procesales deben sustanciarse de forma inmediata a los juicios en trámite, ello cede frente a principios constitucional de defensa en juicio y debido proceso?. Es decir la regla es cuando la prueba se produjo y sustancia según la ley anterior (Galdos, El artículo 7 del código civil y comercial de la nación y la responsabilidad civil cita. P. 3 citado por Aida Kemlemajer de Carlucci en ob. Cit). Cabe destacar además, que tampoco dice concretamente la apelante, en que se vio perjudicada, sin perjuicio no se verían conculcados sus derechos, por aplicación del principio de colaboración que pesa sobre ambas partes, en este sentido nuestro Címero Tribunal Provincial, en doctrina legal se va consolidando, ha resuelto que la flexibilización de las reglas de las cargas probatorias (art. 375 CPCC.), tornándolas dinámicas cuando, permite adjudicar el peso de la ausencia de colaboración a la parte que, poseyendo los medios para formar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos se conforma con una pasiva negativa (Docta y argumento del artículo 354 CPCC, SCBA LP C 118280 S 04/03/2015, SCBA LP C 115771 S 02/05/2013), doctrina legal en este mismo sentido que igualmente comparto. Por todo lo expuesto corresponde desestimar el agravio en esta parcela y confirmar la aplicación de la ley vigente al momento del hecho como bien lo hizo la sentenciante de primera instancia (artículos 260 y siguientes de CPCC).

V. De la falta de fundamentación de la sentencia. Que en primer término resulta menester dar tratamiento al agravio ensayado por los accionados que gira en torno a que la sentencia de Primera Instancia no se encuentra suficientemente fundada. El Nuevo Código Civil y Comercial a entrar en vigencia el 1 de agosto del corriente año dispone en su art. 3: ¿Deber de resolver. El Juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada? Al respecto cabe señalar que el art. 163 del rito establece en su inc. 5 que la sentencia definitiva de primera instancia deberá contener los fundamentos y la aplicación de la ley. Por su parte el inc. 6 del citado artículo establece asimismo que deberá contener la decisión expresa, positiva y precisa, de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio, calificadas según correspondiere por ley, declarando el derecho de los litigantes y condenando o absolviendo de la demanda y reconvención, en su caso, en todo o en parte. Es sabido que la sentencia es un acto inescindible, una unidad lógica jurídica cuya parte dispositiva debe ser la conclusión final y necesaria por derivación razonada, del análisis de los presupuestos fácticos y normativos efectuados en su fundamentación (CSJN, 27/6/89, ed, 134-723; SCBA, 6/9/94, DJBA, 149-5057). Cuando nos referimos a la fundamentación y aplicación de la ley hacemos hincapié en la determinación de los hechos (reconocidos, admitidos, confesados o comprobados) y la individualización del precepto legal. El deber de fundar la sentencia comporta un deber constitucional, porque ¿posibilita el control externo sobre el modo como el juez ejercita el poder jurisdiccional? (SCBA, 23/02/99, djba, 156-1261). Así la fundamentación de las resoluciones judiciales constituye una garantía para las partes (SCBA, 12/5/98, DJBA, 155-4452). Por estas circunstancias el art. 168 de la Const. De Buenos Aires dispone que los tribunales deberán resolver todas las cuestiones que le fueren sometidas por las partes, en la forma y plazos establecidos al efecto por las leyes procesales y el Código Procesal contiene previsiones concretas al respecto, estableciendo que los jueces deben incorporar al pronunciamiento ¿los fundamentos y la aplicación de la ley, lo que igualmente rige en segunda o ulterior instancia, por lo que una sentencia que no contiene ninguna motivación y solamente incorpora la mención de un texto legal, infringe arbitrariamente aquellos parámetros del Código y, por ende, resulta nula (SCBA, 23/2/99, DJBA, 156-1261 (Cit por: Fenochietto, Carlos E., Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, Edit. Astrea, año 2009, págs. 208/2013). Del mismo modo, cabe recordar que el concepto de absurdo hace referencia a la existencia, en la sentencia atacada, de un desvío notorio, patente o palmario de las leyes de la lógica o a una grosera desinterpretación material de la prueba producida. No cualquier error, ni la apreciación opinable, discutible u objetable, ni la posibilidad de otras interpretaciones, alcanzan para configurarlo, sino que es necesario que se demuestre un importante desarreglo en la base del pensamiento, una anomalía extrema, que debe ser eficazmente denunciado y demostrado por quien lo invoca. (SCBA, conf. L. 83.456, sent. del 19-XII-2007; L. 91.739, sent. del 20-II-2008; L. 89.858, sent. del 19-III-2008). Sentadas tales premisas y adentrándome en el análisis del agravio ¿sub exámine? no puedo dejar de advertir que el pronunciamiento dictado por la Sra. Juez de la Instancia de origen se ajusta a las prescripciones legales emanadas

del art. 163 del Código adjetivo, pues de su atenta lectura se advierte que la decisión arribada por S.S. ha sido conforme a las consideraciones expuestas, manifestando que en el caso resulta de aplicación el art. 512 y concordantes del Código Civil, por lo que procedió a estudiar los elementos probatorios producidos por las partes. Dé este modo, luego del estricto análisis de la prueba efectuada en sede penal, de las pericias médicas realizadas, concluyó que los demandados resultaban civilmente responsable e hizo extensiva dicha responsabilidad a las citadas en garantía. Asimismo, no puedo dejar de advertir que al dar tratamiento al resto de los rubros lo ha hecho en base al análisis de las pruebas rendidas, especialmente de las pericias aportadas, causa penal y demás constancias de autos, teniendo así por acreditado ciertos daños reclamados por la parte actora. Dicho lo cual, encontrándose debidamente fundada -a ver de este sentenciante- la sentencia puesta en crisis por ante éste Tribunal y no observándose arbitrariedad por parte de la sentenciante de grado, no cabe más que concluir que los agravios esgrimidos por los accionados deben ser rechazados, pues dicho pronunciamiento judicial constituye un razonamiento lógico jurídico derivado del análisis y estudios de los elementos producidos en autos. VI.- Encuadre jurídico de la Litis. Es dable recordar lo decidido reiteradamente por nuestra Casación Provincial, al señalar que la responsabilidad profesional es aquella en la que incurre el que ejerce una actividad al faltar a los deberes especiales que ésta le impone, y requiere para su configuración, los mismos elementos comunes a cualquier responsabilidad civil. La misma aparece si puede establecerse la conexión causal entre una acción y omisión y el daño éste debe haber sido originado y ocasionado por dicha acción u omisión (SCBA., 8-05-98, Ac. 66.276, ED. To 182, página 224). Ello quiere decir que cuando el 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 (artículo 512, CC.; SCBA: Ac. 31.702, sent. del 22- XII-1987 ; Ac. 39.597, sent. del 13-IX-1988, J.A., 1988-IV-693; Ac. 38.114, sent. del 25-X-1988, LL-1989-C-623; Ac. 40.456, sent. del 15-VIII-1989, LL-1990-A-43; Ac. 43.540, Ac. 45.177, sent. del 30-IV-1991; Ac. 44.440, sent. del 22-XII-1992, J.A., 1993-III-111, LL-1993-C-212, Ac. 50.801, sent. del 21-XII-1993, LL.BA.- 1994-154; Ac. 55.133, sent. del 22-VIII-1995; Ac. 56.949, sent. del 9-IV-1996, "ED-171-612; Ac. 59.937; Ac. 62.097, sent. del 10-III-1998; Ac. 65.802, sent. Del 13-IV-1999)." Así se ha dicho que existe "negligencia" cuando se omite cierta actividad que habría evitado el resultado dañoso, es decir, "no hace lo que debe o hace menos"; hay "imprudencia" cuando se obró precipitadamente, sin prever los resultados -"se hace lo que no se debe o más de lo debido"; e"impericia" cuando se ha desconocido los métodos y reglas pertinentes (CC. y Com. de Mar del Plata, expediente Nro. 70.451, del 16/11/89, R.I./37). En tales condiciones, estará obligado el profesional a la reparación de los daños que en tal menester se produzcan por su culpa derivada de la inobservancia de los deberes a su cargo (artículo 511 del CC.), debiendo aplicarse como claramente lo expone la Corte el concepto de culpa en el cumplimiento de las obligaciones, que conceptúa el artículo 512 del citado cuerpo legal con las connotaciones que determina el artículo 902 del CC., en este sentido:"La apreciación de la culpa médica ha de efectuarse atendiendo a que cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos(doctrina artículo 902, Código Civil; SCBA, Ac. 44.177, sent. del 15-XII-1992)". En punto a la definición de la responsabilidad de los entes asistenciales, cabe destacar que es de tipo objetivo y directa, derivada del deber de seguridad generado por el artículo 504 del Código Civil y solo se excusará de responsabilidad probando la causa ajena (culpa de la víctima, de un tercero por el que no se deba responder, o caso fortuito) (Bustamante Alsina LL-1976-C-63; ED-150-115, SCBA ?BGD c/ Asociación Médica, ED 152-877, Bueres Responsabilidad de las clínicas, cit. Jorge Mario Galdos: ?Derecho de daños en la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, páginas 133/134, nota 53, Ed. Rubinzal-Culzoni) En cuanto a la prueba, se ha expresado en términos generales que "La prueba pericial es necesaria por la frecuente complejidad técnica, artística o científica de las circunstancias, causas y efectos de los hechos que constituyen el presupuesto necesario para la aplicación, por el juez, de las normas jurídicas que regulan la cuestión debatida o simplemente planteada en el proceso, que impide su adecuada comprensión por éste, sin el auxilio de esos expertos, que hacen aconsejable ese auxilio calificado, para una mejor seguridad y mayor confianza social en la certeza de la decisión judicial que se adopte" (Hernando DevisEchandía, "Teoría General de la Prueba Judicial", Ed. Víctor P. De Zavalía, Bs.As. 1976, Tº II, pág. 293). Específicamente, ha resuelto nuestro Címero Tribunal Provincial ?así como la aceptación de las conclusiones no supone la declinación de sus facultades, el apartamiento del Juez frente al dictamen pericial no es más que otra alternativa legal autorizada por el art. 474 del Código Procesal Civil y Comercial; y del mismo modo, así como el dictamen pericial no es imperativo ni obligatorio, pues ello convertiría al perito -auxiliar del juez- en autoridad decisoria dentro del proceso, la obligatoriedad de dar razones suficientes para evitar que el apartamiento represente el ejercicio de su sola voluntad, constituye para el juzgador el límite a su ejercicio de ponderación de la prueba (conf. Ac. 71.624, sent. del 15-III-2000; Ac. 93.078, sent. del 6-IX-2006). En lo que refiere a la valoración de la prueba cabe aquí recordar la doctrina constante de la Casación Provincial en el sentido que es atribución del juez apreciar la prueba producida sin referirse en detalle a cada uno de los elementos aportados, seleccionando los mas eficientes. Por ello es que no se encuentra obligado a ponderar una por una y exhaustivamente todas las probanzas, pues basta que lo haga

respecto de las que estime conducentes o decisivas para resolver el caso, pudiendo preferir alguna de las pruebas producidas a otras y omitir toda referencia a las que estimare inconducentes o no esenciales (arg. art. 384 del CPCC; SCBA Ac. 35.589, Ac. 43.846, Ac. 44.236, Ac. 44.063, Ac. 61.024, Ac. 76.846, Ac. 83.252; Ac. 64.885; Morello, Augusto M. y otros, "Códigos...", ed. 1973, To V, pág. 182).

VII. Atribución de la responsabilidad. Los demandados y la citada en garantía se agravan de la responsabilidad que le es atribuida en la sentencia, critican en este sentido; 1) Que la sentencia para sostener que existió una omisión grosera de su parte efectuó un desconocimiento absoluto de los factores conducentes atribución de responsabilidad. 2) se sustenta en afirmaciones dogmáticas y fundamentos aparentes que le restan toda fuerza de convicción al fallo. 3) Que la sentencia aparta de las constancias de la causa no valorando prueba por demás conducente. 4) Por que el menor fallecido recibió atención en el Sanatorio Privado San Mauricio, de una enfermedad sumamente grave y con pronóstico de vida limitado, en un periodo muy corto de tiempo entre el 15 de febrero y el 14 de marzo del año 2007, es decir, que la incidencia que pudo tener la atención en el nosocomio fue mínima y que el mal ya aquejaba al menor desde antes, acudiendo al médico con los síntomas de la enfermedad y que los dictámenes médicos no determinan en porcentajes cual es la incidencia que pudo tener la atención en la clínica con la evolución de la enfermedad por tan corta atención.

La atribución de responsabilidad médica del caso. Se fundamenta en que la intervención del doctor Sasso no se ajustó a una práctica adecuada de la medicina, dado que como médico pediatra no adoptó las medidas indispensables para establecer la enfermedad del menor S. No ordeno los estudios complejos que el cuadro requería, como tampoco la correspondiente derivación. Que la falta de diagnóstico correcto, oportuno y tratamiento debido a la malignidad de la enfermedad que portaba el niño, donde el factor tiempo resulta importante, disminuyó la probabilidad de sobrevivida estimada en 10 años y como también la calidad de la misma, de esta manera se incumplió con la prestación médica contratada por los padres del menor fallecido. Reglón aparte cabe destacar que se desestimó el planteo defensivo que le reprocha a los padres haber sacado al menor sin alta médica del Sanatorio San Mauricio, en tanto dicho nosocomio no contaba con la infraestructura correspondiente, situación que el doctor Sasso tampoco comunicó a los padres, de ahí que ante la gravedad en que se encontraba el menor, justificó la actitud de los padres para que no se agravara la situación de su salud, es decir evitar un mal mayor.

Para dilucidar la cuestión, la sentenciante de la anterior instancia ha considerado la prueba pericial médica, realizada por el experto Eduardo Emilio Cappa, en la medida sostuvo que pone en evidencia que se incurrió en mala praxis. El experto justificó sus conclusiones en las Historias Clínicas del Sanatorio San Mauricio, y del Hospital de Niños Gutierrez y en los informes de la Asesoría pericial de la Plata y de la Asesoría Pericial Departamental incorporados a la causa penal (fs. 634/637 de este expediente).

Así, de acuerdo con el historial médico analizado, el Dr. Cappa precisó que a mediados del mes de febrero del 2007, el menor, D. Y. S. presentó sintomatología dolorosa de cadera y que en la evaluación médica se interpretó con origen presuntivo en un esfuerzo físico. Que, el 8 de marzo de ese año, el menor asistió a la guardia del sanatorio, San Mauricio y en esa ocasión fue evaluado por los Doctores, Garret y Schwartzman, quienes solicitaron una interconsulta con el Dr. Rafael Sasso, médico pediatra. Que, se le indicó la realización de una ecografía abdominal e interconsulta con psicología infantil.

Que el 11 de marzo de 2007, el menor presentó nuevo globo vesical y regresó al sanatorio donde fue evaluado por el Dr. Garret, quien le colocó una sonda vesical transitoria, la cual fue retirada luego de evacuar la orina. Luego el día 12 de marzo de 2007, fue internado en el referido sanatorio con diagnóstico abdomen agudo médico -globo vesical, infección urinaria, constipación, colocándosele una sonda vesical permanente y medicada con Ibuprofeno y Cefalospirinas. El 14 de marzo del 2007, a las 22 y 52 horas, los padres del menor decidieron trasladarlo bajo su responsabilidad (sin alta sanatorial) al Hospital de Niños, Ricardo Gutierrez. En dicho centro asistencial, el menor ingresó febril, con signos compatibles con vejiga neurogénica. Se solicitó tomografía axial computada de columna y posteriormente, resonancia magnética nuclear de columna, de la cual surgió lesión ósea a nivel L3 - L4 - L5, que comprometía el canal medular y las raíces emergentes. El día 15 de marzo del 2007 fue intervenido quirúrgicamente y se le efectuó cirugía descompresiva mediante laminectomía lumbosacra. El informe de anatomía patológica determinó rhabdomyosarcoma y luego, tratamiento quimioterápico, pero que la evolución de la patología, a pesar del tratamiento quirúrgico fue tórpida y el menor falleció en el hospital Ricardo Gutierrez, el 2 de marzo del 2009 (fs. 634/637).

El perito médico explicó que si bien la patología diagnosticada al menor- el rhabdomyosarcoma- era de alta mortalidad, en el caso particular, no se habían arbitrado los medios necesarios en el Sanatorio, San Mauricio para llegar a una contención familiar y mucho menos, para arribar a un correcto diagnóstico del paciente a los fines de lograr la recuperación o al menos mejorar su calidad de vida. Destacó que la sintomatología del menor S. no se había limitado al globo vesical, sino que había consistido en una constelación de síntomas que ameritaban una temprana internación para su correcto diagnóstico, circunstancia que no se había verificado en la atención médica dispensada, sino que por el contrario, ella había sido inadecuada e insuficiente, un paciente que presentaba el cotejo sintomático del menor S. requería estudios complementarios (tomografía, resonancia magnética, centellorografía, etc.) para descartar en primera instancia la patología física (fs. 636 vta.). Señaló también las omisiones incurridas en la historia clínica: donde no constaba la evolución clínica sintomatológica del paciente, tampoco la del sondaje vesical para la evacuación del globo vesical, ni la

indicación para que regresara al hogar. Concluyó que la atención médica brindada en el Sanatorio San Mauricio había sido insuficiente y negligente, en tanto no se habían arbitrado los medios necesarios para un correcto diagnóstico, al subestimar la sintomatología que el niño presentaba. Señaló que no se había advertido el potencial de progresión signo - sintomatología de la enfermedad, y que ello había causado una disminución de la chance de vida, estimada en diez años. En síntesis, el experto sostuvo que los estudios solicitados en la clínica habían sido insuficientes para la sintomatología que el menor presentaba y que la demora incurrida en el diagnóstico había disminuido la probabilidad de sobrevivida del menor (fs. 634/637 y fs. 768). En cuanto de la actuación médica del médico codemandado doctor Rafael Sasso, el perito médico señaló que según los elementos obrantes en autos (historia clínica): Que ese médico pediatra atendió al menor el 12 de marzo del 2007 y que en esa oportunidad, el facultativo dejó constancia del globo vesical, de la retención urinaria y la indicación de interconsulta con psicología. Que, al día siguiente, se le efectuó estudio ecográfico al menor, y fue el médico especialista en imágenes quien ordenó la internación. También hizo hincapié en los resultados del hemograma del 10 de marzo del 2007 asentados en la historia clínica de los que entiendo llevaban a sospechar un proceso agudo con foco a determinar (fs. 768 y fs. 768 vta.). Además en la experticia el perito médico reprochó la actuación del doctor Sasso, por cuanto, no solo no ordenó oportunamente la internación del menor, sino que además ordenó la interconsulta con un psicólogo (fs. 768) refiere que al respecto que en la historia clínica del Sanatorio privado San Mauricio S.R.L. se lee que el 14 de marzo del 2007 se realiza una interconsulta psicológica solicitada por el Dr. Sasso. Se entrevistó a D. S. de 8 años de edad y a la pareja de los padres y en función de lo evaluado y de los cambios en la vida del niño acontecidos en el último tiempo respecto de la escolaridad y dinámica familiar se considera que los síntomas referidos por el niño (dolores en las piernas, imposibilidad de orinar y defecar) puede asociarse a causas emocionales. Se orienta a la pareja de padres a realizar una consulta con psicología infantil, ya sea por su obra social o de manera privada si los síntomas no remiten a causas clínicas y persisten en el tiempo. Las conclusiones del dictamen médico también son coincidentes con el dictamen del Dr. Manuel Alfonso De Sousa, perito médico forense y en pediatría de la Asesoría pericial de la Plata, el 12 de marzo del 2010, quien señaló que la actuación médica y el tratamiento durante la internación del menor en el Sanatorio San Mauricio no fueron acordes con la patología diagnosticada posteriormente en el Hospital General de Niños, Dr. Ricardo Gutierrez. El facultativo expresó que la progresión y ampliación de la sintomatología no generaron exámenes y estudios complementarios para descartar diagnósticos diferenciales y/o derivación a centros de mayor complejidad si el Sanatorio no contaba con ellos. En este sentido opinó que en el Hospital Ricardo Gutierrez, la semiología realizada al ingreso orientaron hacia otros exámenes complementarios, los que una vez realizados, condujeron al diagnóstico y tratamientos correctos de rhabdomyosarcoma y posteriormente, a la indicación de un plan de quimioterapia a realizarse en nueve ciclos aproximadamente. Finalmente concluyó que la demora en el diagnóstico de esa patología no hubiera cambiado el desenlace final pero un diagnóstico en tiempo oportuno, hubiera podido aportar una mejor calidad de vida al menor (fojas 407/409 de la causa penal y fojas 622/624 de este expediente). También en el ámbito penal, el 21 de junio del 2012, la Doctora Angélica Beatriz Chaperó, médica forense oficial y titular de la Asesoría Pericial del Departamento Judicial de la Matanza y la Doctora, Blanca Beatriz Dorelle, señalaron que había existido negligencia en la atención médica del menor fallecido, agregando que no se había efectuado el diagnóstico correcto al paciente, que se había omitido la realización de estudios de alta complejidad en el inicio de la enfermedad entre el mes de febrero y el 14 de marzo del 2007 por parte de los distintos profesionales médicos intervinientes. Concluyendo que la detección a tiempo hubiese, probablemente, aumentado la expectativa de sobrevivida, estimada en aproximadamente en diez años sin enfermedad con la mejor calidad de vida posible, sin poder quizás evitar la progresión posterior de la enfermedad (fojas 626 de este expediente). La pericia se ajusta a las prescripciones legales de los arts. 472 y 474 del CPCC, por cuanto cuentan, con los aspectos preparatorios, estudios previos, análisis de los puntos de pericia y los fundamentos y su conclusión. Amén de que en particular, se condicen con los demás elementos probatorios producidos en autos como las historias clínicas adunadas y experticias producidas en la causa penal, conformando el plexo probatorio complejo de este proceso. Por lo tanto, le otorgo pleno valor y fuerza probatoria los dictámenes periciales incorporados como piezas probatorias en estas actuaciones y no encuentro motivo alguno para apartarme. En este aspecto esta Sala tiene ordenada jurisprudencia en cuanto al valor de contrapericia que debe añadirse a un pedido de explicaciones o a la impugnación de la pericia y siguiendo por ese sendero, la demostración en los agravios de una disconformidad que permita tener por cierto los errores o incorrectas apreciaciones que se destacan en los agravios. (arts. 260, 261 CPCC). Al respecto se ha dicho: 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). Ello no ha sido cumplido por la demandada y citadas en garantía apelantes por lo que asigno pleno valor a sus conclusiones (Doct. arts. 260, 261, 474 y concs. del CPCC). También integran el complejo probatorio, los distintos testimonios brindados tanto en sede penal como en sede civil. En este sentido, resulta relevante el testimonio del Dr. Mario

Sergio Jaikin, médico neurocirujano del Hospital Gutiérrez, en sede penal, por cuanto es quien intervino quirúrgicamente al menor, D. S., el 15 de marzo del 2007, y este testimonio avala el dictamen del doctor Cappa. El testigo explicó que la patología que el menor presentó era un tumor medular y de tejidos circundantes, que involucraba el cuerpo vertebral y músculos adyacentes cuyo nombre científico era rhabdomyosarcoma. Puntualizó que, era un tumor altamente agresivo de alta grado de malignidad, y que la demora en el diagnóstico que el paciente padeció en su internación anterior al Hospital Gutiérrez, influyó, no obstante ello, lo más categórico para las posibilidades de vida del paciente fue que el tumor era muy agresivo. También dijo que para detectar una enfermedad como la que el menor S. tenía, debía efectuarse una tomografía y de resultar algo sospechoso se debía efectuar una resonancia que es un estudio más complejo. Agregó que una detección de la enfermedad a tiempo hubiera aumentado la expectativa de supervivencia, estimada en 10 años sin enfermedad (fojas 435 y 436 de la causa penal) (art. 456 del CPCC). Otro testimonio relevante es el del médico, Carmelo Gregorio, quien se desempeñaba como médico radiólogo en la clínica San Mauricio cuando sucedieron los hechos de la demanda. El testigo dijo que recordaba que el menor se encontraba con mucho dolor y con un globo vesical, que, por los valores que observó en el estudio del paciente, éste podía estar con un estado de oligoanuria (dificultad para orinar), por lo que dio aviso a la guardia para pedir la interconsulta y les refirió que no podía volver a la casa por el cuadro que presentaba, que era necesario internarlo ya que había dificultad en la visualización en el riñón izquierdo y se necesitaba realizar estudios más complejos (fojas 432 de la causa penal). Ambos testimonios tienen pleno valor en cuanto no han sido impugnados ni desvirtuados por otros medios probatorios (artículos 384, 401 y 456 del C.P.C.C. SCBA LP C 116715 S 10/06/2015). Además esta última declaración del médico radiólogo señala que el Dr. Sasso no ordenó la internación del menor, sino que fue el radiólogo quien, alertó sobre la necesidad de profundizar los estudios al haberse constatado un globo vesical y ello aporta otro elemento de convicción sobre la actuación del Dr. Sasso (artículos 163 inciso 5, y concs. del Citado código). Finalmente en oportunidad de la audiencia confesional indicó en tercera posición repregunta de la parte actora (fojas 497), refiriéndose a la infraestructura del sanatorio para asistir al menor. Señala que no cuenta con tomógrafo, resonancia magnética y que estos servicios están tercerizados, pese a ello, en la posición siguiente contesta que no ordenó tomografía computada, ni la resonancia magnética (fojas 497), además que el galeno respondió afirmativamente a la posición ¿si el menor había llorado durante el examen?, aunque aclaró ¿que no sabía si era de dolor?. Que el globo vesical comprime y da dolor? (ver respuestas a posición diecinueve, fs. 496 vta. y fs. 497) (artículo 421 del CPCC.). En tal contexto probatorio, entiendo que se encuentra debidamente acreditado que la atención brindada en el ámbito del Sanatorio San Mauricio como la actuación del Dr. Sasso fue negligente e insuficiente, en tanto no se arbitraron los medios necesarios en forma rápida y oportuna, para un correcto diagnóstico y tratamiento del menor e inclusive de ser necesaria su derivación a un centro médico de mayor complejidad para la correcta atención del menor. Cabe destacar que las omisiones incurridas por el doctor Sasso no solo surgen del complejo plexo probatorio sintéticamente transcrito sino que además de su propia confesión, en donde señaló que el sanatorio no contaba con tomógrafo, resonancia magnética, etc, y que estos servicios, estaban tercerizados, los cuales tampoco había ordenado. Otra omisión, se encuentra constituida por el hecho de que no ordenó la internación del menor, pese a la exteriorización del fuerte dolor padecido por el niño y el cuadro sintomatológico, momento en el que optó por una consulta con el psicólogo. Surge de la síntesis de elementos probatorios citados precedentemente, que durante la atención del menor S. en el Sanatorio Privado San Mauricio, entre el 8 y el 14 de marzo del 2007, no se llegó a un diagnóstico, porque no se le practicaron los estudios que el cuadro complejo del paciente requería (como lo indicaron los informes periciales citados supra), y el diagnóstico del profesional Dr. Sasso se orientó a la faz psicológica, por cual, ordeno la consulta con un psicólogo, pese al cuadro doloroso que presentaba el menor. Por todas estas omisiones, el menor llevado por sus padres, debió ser intervenido de urgencia al día siguiente, más precisamente, el 15 de marzo del 2007 en el Hospital de Niños Ricardo Gutiérrez, donde se le efectuó cirugía descompresiva mediante laminectomía lumbosacra y que luego de practicada el informe de anatomía patológica determinó el diagnóstico de rhabdomyosarcoma y que por eso, se realizó tratamiento quimioterápico (fojas 18/51; 53/66; 70/84 y 251/261 de la causa penal, y fs. 116/141). Concluyendo la experticia realizada en autos, como los demás informes, la detección a tiempo hubiese probablemente aumentado la expectativa de supervivencia, estimada en aproximadamente en diez años (fojas 626 de este expediente). Los prestigiosos juristas Mazeud y Tunc citados por el doctor Bueres hacen eco de la corriente jurisprudencial que estima que todo error de diagnóstico compromete la responsabilidad de su autor, desde el momento que un médico prudente (situado en la categoría del imputado) no habría incurrido en él estando en idénticas condiciones (Mazeud, H y L, y Tunc A. T, 1, vol II, ps. 172 y 173 (Alberto J. Bueres Responsabilidad Civil de los médicos, citado a Mazeud, H. y L. y Tunc A. ob cita, t. I Vol. III p. 172 y 173). Es decir la culpa médica fluye de la confrontación de la conducta obrada y la conducta debida por el médico de la categoría o clase a la que pertenece tal profesional y que ella emana de los artículos 512, 902 y 909 del CC., justamente la comparación que lo demuestra es la actuación del Dr. Mario Sergio Jaikin, Hospital de Niños Gutiérrez, como señaló el perito ¿ la semiología realizada al ingreso orientaron hacia otros exámenes complementarios, los que una vez realizados, condujeron al diagnóstico y tratamientos correctos de

rabdomiosarcoma y posteriormente, a la indicación de un plan de quimioterapia a realizarse en nueve ciclos aproximadamente. El menor fue intervenido de urgencia, en las condiciones provenientes del periplo asistencial del Sanatorio San Mauricio que habría comenzado a mediados del mes de febrero. Por todo lo expuesto concluyo y coincido con la sentenciante anterior, que la intervención del Dr. Sasso no se ajustó a una práctica adecuada de la medicina dado que como médico pediatra no adoptó las medidas indispensables para establecer la enfermedad del menor S. Como se destacó en los diferentes informes médicos la sintomatología del menor S. no se había limitado al globo vesical, sino que había consistido en una constelación de síntomas que ameritaban una temprana internación para su correcto diagnóstico, circunstancia que no se había verificado en la atención médica dispensada, sino que por el contrario, ella había sido inadecuada e insuficiente. Un paciente que presentaba el cotejo sintomático del menor S. requería estudios complementarios (tomografía, resonancia magnética, centellografía, etc.) para descartar en primera instancia la patología física (fs. 636 vta.), es decir el médico actuó con negligencia e impericia (Arts. 512, 902 y 909 del CC; CC. y Com. de MP, expediente Nro. 70.451, del 16/11/89, R.I./37). Destaco que, en la reseña de las historias clínicas realizada por el Dr. Cappa, como así en los testimonios y demás indagaciones médicas se ha puesto de relieve el factor tiempo en el cuadro de salud del paciente Saavedra. Vinculado a la importancia del factor tiempo en la atención medica que señala la citada en garantía en sus agravio fue muy breve, cabe recordar que además de las indagaciones periciales precedentemente citadas que señalan su importancia y relación de causalidad con la perdida de chance, en la declaración testimonial el médico cirujano que intervino quirúrgicamente al menor, doctor Mario Sergio Jaikin, señalo que la patología del menor es un tumor medular y de tejidos circundantes, que involucraba el cuerpo vertebral y músculos adyacentes y especialmente puntualizó que es un tumor altamente agresivo, de alta malignidad, y la demora en el diagnóstico del paciente en su internación anterior influyó, concluyendo que su detención a tiempo hubiera aumentado la expectativa de vida (Fs. 435/436 de la causa Penal) En este sentido lo afirma López Mesa citando al doctor Morello que señala; el factor tiempo es decisivo en los pasos a seguir y la cirugía es un proceso a practicarse sin demoras (Morello la derivación medica Hospitalaria, en DJ-1-866-2005, citado por López Mesa Marcelo, ob. Cit.). Agrega el autor, que infringir la máxima puede generar responsabilidad cuando se priva al paciente de una chance de sobrevida o mejoría (conf. CCCom, de Mar del Plata, sala 2 28/08/2003 in re ?Gimenz c/ Hospital Interzonal de Agudos?, J.A. 2005-II, síntesis) La jurisprudencia de esta Sala tiene dicho que ?aún en la hipótesis de que la probabilidad de sobrevida del paciente sea escasa, ello no alcanza para liberar de responsabilidad por la deficiente atención médica, pues nadie puede privar a un paciente de la posibilidad de ser atendido en forma adecuada a las circunstancias con el objeto de facilitar el diagnóstico correcto e incrementar la probabilidad de sobrevivir, aunque sea en una situación crítica ...? (Esta sala I, ?Rivas García Graciela Ivonne c/ Visidom S.A. s/ daños y perjuicios sentencia del 11 de junio 2015). Como bien señala Tanzi "en cuanto a la responsabilidad profesional y la responsabilidad médica en particular, se plantea con claridad la pérdida de chance. La omisión de atención adecuada y diligente por parte del médico al paciente puede significar la disminución de posibilidades de sobrevivir o sanar. Resulta indudable, que una situación de esa naturaleza configura una pérdida de chance, daño cierto y actual que requiere causalidad probada entre el hecho del profesional y un perjuicio que no es el daño integral sino la oportunidad de éxito remanente que tenía el paciente" (TANZI, La reparabilidad de la pérdida de la chance cit., p. 333). Es decir que se debe comprobar que existe relación causal que vincula el daño directamente con el hecho (Julio Cesar Rivera - Graciela Medina Responsabilidad Civil Autor Federico Ossola, Ed. Abeledo Perrot p., 347, SCBA LP C 112820 S 17/12/2014) En este sentido el perito médico Cappa aseveró que la demora incurrida en el diagnóstico había disminuido la probabilidad de sobrevida, estimada en diez años, puntualizo que el rabdomiosarcoma es un tumor maligno cuyas recidivas en más del 90 % de los casos ocurren dentro de los tres años posteriores al diagnóstico tardío. Tratándose de un diagnóstico precoz la supervivencia puede llegar hasta los diez años sin la presencia de recidivas (fs. 634/ 637 y fs. 768), también las Doctoras, Angélica Beatriz Chaperó y la doctora Blanca Beatriz Dorelle, expresaron idéntico parecer en el dictamen realizado en sede penal, esto es que la detección a tiempo hubiese probablemente aumentado la expectativa de sobrevida, estimada en aproximadamente en diez años sin enfermedad con la mejor calidad de vida posible, sin poder quizás evitar la progresión posterior de la enfermedad ? (fs. 626 de este expediente). Mientras que, el Dr. Manuel Alfonso De Sousa, perito médico forense y especializado en pediatría de la Asesoría Pericial de la Plata explicó en ese ámbito que la demora en el diagnóstico de esa patología no hubiera cambiado el desenlace final, pero que un diagnóstico en tiempo oportuno, hubiera podido aportar una mejor calidad de vida al menor. (fojas 407/ 409 de la causa penal). En suma, la valoración conjunta de tales opiniones llevan a inferir que la mala praxis no causó la enfermedad del paciente, pero que la demora incurrida en el diagnóstico privó al menor S. de una mejor calidad y de la probabilidad de sobrevida, estimada en diez años (artículo 474 CPCC). Por todas las consideraciones expuestas en este acápite y no encontrando elementos de prueba que desvirtúen la responsabilidad endilgada a los demandados y siendo que la sentenciante anterior no se ha apartado de la constancias objetivas de la causa como sostienen los apelantes, dado que de la síntesis de la prueba precedente apoya sus conclusiones, poco trecho queda recorrer para llegar a la conclusión de que corresponde confirmar esta parcela del fallo y rechazar

los agravios expuestos, confirmando la responsabilidad tanto el Dr. Rafael Sasso, prestador directo del servicio médico, como así también el Sanatorio Privado San Mauricio, establecimiento asistencial en donde se cumpliera la prestación reprochada (artículos 260, 261, 512, 520, 521, 902 y cds. del Código Civil). VIII. Se agravia la parte actora por cuanto la sentencia recurrida considera la mala praxis causado la pérdida de chance de sobrevida del menor y no su muerte como realmente ocurrió. Comenzare por decir al respecto que la definición del termino sobrevivir es vivir después de determinado suceso (Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, 19 ed, España Calpe, Madrid, 1979). En la práctica médica se llama sobrevida al lapso incierto de tiempo que transcurre entre el momento de la declaración de una enfermedad terminal y el momento de su resultado final, la muerte. (Sonoda ?Pérdida de chances de curación y sobrevida Lecciones y Ensayos, p. 356357) Luego la llamada pérdida de chance es definida por la doctrina europea como la "desaparición de la probabilidad de un suceso favorable" o pérdida de la oportunidad de obtener una ganancia, la cual tiene que contemplarse de una forma restrictiva y su reparación nunca puede plantearse en los mismos términos que si el daño no se hubiera producido y el resultado hubiera sido favorable al perjudicado (VICENTE DOMINGO, Elena, El daño, en Lecciones de responsabilidad civil, Aranzadi, Navarra, 2002, p. 78, citado por López Mesa, Marcelo J. Revista de Derecho de Daños Año 2008 / N° 1 / Pág. 7 / Rubinzal- Culzoni). También se ha señalado que la expresión "pérdida de chance" comprende todos aquellos casos en los cuales el sujeto afectado podría haber realizado un provecho, obtenido una ganancia o beneficio o evitado una pérdida, resultados que fueron impedidos por el hecho antijurídico de un tercero, generando de tal modo la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido o no, creando una expectativa, una probabilidad de ventaja patrimonial (López Mesa, Marcelo J., en Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo J., Tratado de la responsabilidad civil, La Ley, Buenos Aires, 2004, t. I, p. 465; MAYO, Jorge, La pérdida de la "chance" como daño resarcible, en L. L. 1989-B-105; CAZEAUX, Pedro N., Daño actual, daño futuro, daño eventual o hipotético. Pérdida de chance, en Temas de responsabilidad civil. En honor de Augusto M. Morello, Platense, La Plata, 1981, p. 23, N° 10). Pero se trata de una pérdida de ocasión, oportunidad o probabilidad y no de un daño efectivamente padecido. Por ello, nunca pueden aceptarse -ni siquiera conceptualmente- pérdidas de chances resarcidas como daños efectivos del 100%; ni siquiera puede hablarse con propiedad de chances resarcidas al 80%. Resarcimientos de ese porte sólo proceden ante daños efectivos y no frente a supuestas chances perdidas (Revista de Derecho de Daños Año 2008 / N° 1 / Pág. 7 / Rubinzal-Culzoni, López Mesa, Marcelo J.). En este sentido Guerrero Zaplana, citado por Marcelo López Mesa en Revista de Derecho de Daños (Año 2008, N° 1, Pág. 7. Ed. Rubinzal- Culzoni) pone como ejemplo de un supuesto encuadrable en esta categoría un caso que convence respecto de lo complejo de la evaluación a realizar: "Sería el caso, por ejemplo, de los pacientes aquejados de un cáncer muy agresivo que no es diagnosticado de modo precoz y en los que se indemniza la pérdida de la oportunidad de que en caso de haberse diagnosticado previamente (aunque no se hubiera evitado el fallecimiento) se hubiera podido obtener una mejor calidad de vida o, incluso, haber prolongado unos meses la vida del paciente" (López Mesa, Marcelo: Responsabilidad Civil Medica y Perdida de Chance de Curación, Revista de derecho de Daños Año 2008/ Nro. 1, Pág. 7, Rubinzal-Culzoni). En nuestro derecho los principios han sido muy bien aplicados en una sentencia de la sala D de la Cámara Nacional Civil con voto del juez Alberto J. Bueres. Se trata de la sentencia de fecha 26 de febrero de 1999 dictada en autos "Buzaglo, P. I. c/R., M?: el tribunal consideró con buen criterio que la paciente tenía cáncer de mama, lógicamente no atribuible a la acción médica. Y lo que se discurre en tal supuesto, en lo que hace al establecimiento de los daños, es la chance de curación o de sobrevida de la que fue privada la paciente por el accionar médico. Pero sólo se trata de eso, de la pérdida de la chance, pues absolutamente nadie puede asegurar que de haber sido correctamente atendida hubiera salvado su vida. En palabras del tribunal, lo que corresponde resarcir es sólo la pérdida de la chance de sobrevida ocasionada por una muerte acelerada, pero que también pudo haber ocurrido -o no- en tiempo más o menos prematuro, a causa del mal preexistente (Vázquez Ferreira, Roberto A., La cuantificación del daño en la responsabilidad de médicos y abogados, en Revista de Derecho de Daños Año 2001 / N° 1 / Pág. 189 / Rubinzal-Culzoni). Es dable recordar reiterando lo que dije en el acápite introductorio que en estos casos, el dictamen pericial cobra singular importancia, sobre todo en cuanto deberá determinar cuál era la expectativa de curación o sobrevida que tenía el paciente de no haber existido negligencia por parte de los médicos (art. 474 del CPCC). En este caso particular las conclusiones del dictamen médico del Dr. Manuel Alfonso De Sousa, perito médico forense y en pediatría de la Asesoría Pericial de la Plata, concluyó que la demora en el diagnóstico de esa patología no hubiera cambiado el desenlace final pero un diagnóstico en tiempo oportuno, hubiera podido aportar una mejor calidad de vida al menor. (fojas 407/409 de la causa penal y fojas 622/624 de este expediente). También en el ámbito penal, el 21 de junio del 2012, la Doctora Angélica Beatriz Chaperó, médica forense oficial y titular de la Asesoría Pericial del Departamento Judicial de la Matanza y la Doctora, Blanca Beatriz Dorelle. Concluyeron que la detección a tiempo hubiese probablemente aumentado la expectativa de sobrevida, estimada en aproximadamente en diez años sin enfermedad con la mejor calidad de vida posible, sin poder quizás evitar la progresión posterior de la enfermedad? (fojas 626 de este expediente). El perito médico designado en estos actuados Dr. Cappa sostuvo que la demora incurrida en el diagnóstico había

disminuido la probabilidad de sobrevida del menor (fs. 634/637 y fs. 768). Como también se ha sostenido en la prueba testimonial del médico que intervino quirúrgicamente. Es decir, todos son coincidentes en que la mala praxis no causó la muerte del menor sino de la posibilidad de tener mejor calidad de vida y tiempo de sobrevida, es decir se encuentra relacionado causalmente que la muerte del menor no fue debida a la mala praxis. También y dando respuesta a los agravios de la parte actora en cuanto a que se ha infringido el principio de congruencia resulta ilustrativo este sentido lo resuelto por la Casación Francesa, citado por el Profesor Lopez Mesa: "incumbe al juez efectuar este cálculo aun cuando no le haya sido especialmente solicitado, aun cuando la víctima habría reclamado la reparación de su perjuicio sin referirse a la noción de pérdida de chance, porque esta misma pérdida precisamente es constitutiva del perjuicio" (Corte de Casación, 1ª Sala Civ., 8-7-97, Bulletin Civ., I, N° 239, y Juris Classeur Périod., t. 1997-II, N° 22.921, con nota de Pierre Sargos, citado por Marcelo López Mesa, en ob. Cit.). En este sentido coincido con la sentenciante de la anterior instancia la valoración conjunta de las indagaciones periciales permiten inferir que la mala praxis no causó la enfermedad del paciente, pero que la demora incurrida en el diagnóstico privó al menor S. de una mejor calidad y de la probabilidad de sobrevida (artículo 375, 384 y 474 CPCC), motivo por el cual, no corresponde fijar la indemnización en lo que comúnmente se conoce como valor vida, sino tan sólo respecto de esa pérdida de chance. (Revista de Derecho de Daños Año 2008 / N° 1 / Pág. 7 / Rubinzal-Culzoni, López Mesa, Marcelo J. (CNCiv., sala C, 17-6-85, "Solinz de Nudelman, Raquel c/ Instituto de Obra Social Secretaría de Estado de Hacienda", L. L. 1986-C-39; id., 3-10-96, "M., M. M. c/Wainfeld, Carlos A.", L. L. 1997-C-1916). Por lo expuesto, no habiendo otros elementos de prueba alguno que acrediten una conclusión distinta, propongo a mis colegas confirmar ésta parcela del resolutorio apelado que considera la mala praxis como causa de la pérdida de chance de sobrevida del menor y no su fallecimiento. (Doct. arts. 260, 261, 474 y concs. del CPCC). Esto conlleva, a que en éste acápite nos adentremos en el tratamiento del agravio que gira en torno a la procedencia del daño material, el cual fue rechazado por la Sentenciante de Grado por considerar que "D. Y. tenía una expectativa de vida acotada por su enfermedad, la cual hubiera impedido ser sostén de sus padres a temprana edad?". Ahora bien, ya he dicho en fallos precedentes que "un ser humano no sólo vale por lo que gana y entrega a los suyos, sino que también un ser humano vale per se, porque es un único y maravilloso fenómeno, dotado de potencialidades que, aunque no generen ingresos, ganancias o cualquier otra forma de lucro, representan una presencia que provoca sensaciones de seguridad, de protección o de amparo, cuya privación o alteración debe integrar este rubro (SCBA, 11 de febrero de 2015, en la causa C. 117.926, "P., M. G. y otros contra Cardozo, Martiniano Bernardino y otros. Daños y perjuicios" (expte. 26.050) y sus acumuladas "Almirón, Javier Francisco contra Siderar S.A. Industrial y Comercial. Daños y perjuicios" (expte. 27.410) y "Carulli, Horacio Jorge contra P., M. G. y otros. Daños y perjuicios" (expte. 28.898) A mayor abundamiento, ha dicho La Corte Suprema de Justicia de la Nación que: "...el valor de la vida humana no resulta apreciable con criterios exclusivamente económicos. Tal concepción materialista debe ceder frente a una comprensión integral de los valores materiales y espirituales, unidos inescindiblemente en la vida humana y a cuya reparación debe, al menos, tender la justicia. No se trata, pues, de medir en términos monetarios la exclusiva capacidad económica de las víctimas, lo que vendría a instaurar una suerte de justicia distributiva de las indemnizaciones según el capital de aquellas o según su capacidad de producir bienes económicos con el trabajo. Resulta incuestionable que en tales aspectos no se agota la significación de la vida de las personas, pues, las manifestaciones del espíritu insusceptibles de medida económica integran también aquel valor vital de los hombres" (CSJN, 21/9/2004, "Aquino, Isacio C. Cargo Servicios Industriales SA", Fallos: 327:3753). Que el criterio de la producción y de los resultados económicos de un trabajo, conyuntural e históricamente comprobado, se queda en la parte más sórdida del valor de la vida que, por cierto, tiene otros ámbitos, otras expresiones y otras expansiones valorables patrimonialmente hablando pero que no se ajustan estrictamente al cuanto y al debe de una entrada lucrativa ocasional, temporal y determinada. Si no fuera así, un jubilado a quien se le resta el 90% de aptitud vital, no tendría vida valorable (CNCiv., sala C, 2/12/1993, "Shartes, Norma c. Herrera, Ramón", La Ley, 1994-B, 347). La vida tiene, más allá o mas acá de sus posibilidades productivas concretas, un valor psicoenergético por sí misma, donde las ganancias no son más que un dato no decisivo para su valuación. (conf. CNCiv., sala C, 22/9/1194, "S., J.: y otro c/ Clínica San Pablo SA y otros", la Ley., 1195-C, 625; dJ 1995-2, 1014; CNCiv., Sala C, 14/12/1993, "Ortiz, Juan C. y otro c. Cabrera, Oscar E. y otros", La Ley, 1994-C, 168; CNCiv. Sala C, 2/12/1993...?) (Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético. Jorge Alterini, T VIII. Ed. La Ley. Págs. 276/278). "Corzo Elba Yolanda Y otro C/ Corpus Hugo Alberto Y otros S/Daños y Perjuicios" (causa nro. 4495/1), 02/05/2017 RSD Nro.: 63/17 Folio Nro.: 510) Por su parte, se tiene dicho en relación al parcial en tratamiento, que sin perjuicio que el rubro indemnizatorio prospere como "pérdida de chance", y no como daño material, o valor vida, el quantum indemnizatorio estará íntegramente ligado al porcentaje de sobrevida que tenía el paciente. Si el paciente no tenía más que unos pocos meses de sobrevida, el monto a fijarse será ínfimo en relación a si las probabilidades de sobrevida eran casi completas. No habremos de obviar que la ciencia médica no es una ciencia exacta, ni por asomo, y que en el campo de ella, el álea sobre la curación del paciente está siempre latente; por ello el Magistrado habrá de muñirse de porcentajes, estudios estadísticos, doctrina médica especializada;

pero, en definitiva no tiene por qué ajustarse a determinados baremos para fijar el quantum indemnizatorio. ¿...La indemnización debe ser de la chance misma y no de la ganancia estimada en forma matemática, por lo que debe ser apreciada judicialmente y de acuerdo a las circunstancias de cada caso...? Entendemos, y así lo propiciamos, que la fijación de los montos indemnizatorios, esté íntimamente ligada con los porcentajes de sobrevida o mejor vida del paciente, y sobre ellos aplique los porcentajes que estime corresponder fijar a cada rubro reclamado, siendo ellos utilizados solamente como margen ilustrativo para el juez (Gonzalez Zund Ricardo A en Trigo Represas-Benavente, ¿Reparación de Daños a la Persona?, Tomo I, Edit. La Ley, año 2015, pág. 383) En éste orden de ideas, la necesidad del otorgamiento de una indemnización en concepto de pérdida de chance de sobrevida se impone, pues, el perjuicio material no solo se encuentra identificado solo desde el punto de vista económico, sino que por todos aquellos aspectos de la vida ¿ut supra? señalados, que afectan a los progenitores en su faz material. En suma teniendo en cuenta la edad del menor, su expectativa de vida (10 años, según prueba adunada en autos y oportunamente referenciada), la edad de la madre y el padre al momento del hecho, el posterior fallecimiento de éste último en el año 2012 (véase fs. 402/403) y demás circunstancias socio económicas detalladas en autos, estimo justo razonable y equitativo, cuantificar el presente parcial en la suma de pesos \$30.000 MIL (\$30.000,00.-) en favor de la Sra. Mansilla Liliana y en la suma de pesos DIEZ MIL (\$10.000,00.-) a favor del Sr. Néstor Hugo Saavedra (art. 163 inc. 6 del C.P.C.C.) Dicha cifra guarda razonable relación con la suma determinada por pérdida de chance por muerte, siendo por supuesto mayores los montos, de una víctima menor de edad (10 años) fallo de esta misma Sala, recaído en los autos ¿Olguin Carmen c/ Veiga Jesús y otros s/ Daños y Perjuicios? (Causa nro. 4712/1), 08/08/2017. IX. Se agravia la parte actora por haber desestimado sin fundamento alguno el reclamo del menor por incapacidad total permanente. Conviene recordar que es carga del peticionante que recurre a la jurisdicción en procura de un resarcimiento justo, la acreditación, tanto de su ocurrencia como de su envergadura, pues sólo con ello se proporcionan los elementos necesarios que posibilitan la pertinente evaluación por parte del Juez para lo cual está facultado por la norma del artículo 165 del Código ritual (artículo 375 y su doctrina). En este sentido el certificado que obra a fojas 19 del expediente sobre beneficio de litigar sin gastos que corre por cuerda, como los puntos de la pericia que transcribe el apelante en la memoria de agravios resultan insuficientes a tales fines, pues si bien dan cuenta de las afecciones del menor, no acreditan los porcentajes, a mi modo de ver las cosas, no se ha cumplido con eficacia el imperativo de la carga de la prueba, con relación a los daños y porcentajes de incapacidad, y es por ello que dicho déficit perjudica a la parte que incumplió con la carga de la prueba (art. 375 y 165 del CPCC, CC0202 LP 103494 RSD-301-4 S 09/11/2004, Musso Susana Beatriz c/Dirección General de Escuelas y otros s/Daños y perjuicios) A mayor abundamiento la indagación pericial medica obrante a fojas 636/637, como las que obran en la causa penal (fojas 622/624 626/7) copias certificadas en esta causa) están vinculadas a la pérdida de la expectativa de sobrevida y calidad de vida del menor viendo la enfermedad que portaba, pero en modo alguno surge que el perito haya estimado o señalado incapacidad grado de incapacidad física, motivo por el cual, no encuentro probado los extremos de procedencia de este parcial. Por lo expuesto propongo confirmar lo resuelto en la instancia de grado, rechazando en esta parcela los agravios propuestos (artículos 375, 260 y 272 del CPCC). X. Otro agravio expresado por la actora es que considera extremadamente reducido el quantum indemnizatorio establecido a favor del menor D. Y. en concepto de daño moral, en tanto los demandados se agravian en cuanto a la procedencia y extensión del mismo. Los actores han formulado este reclamo por su hijo, D. Y. S. y con fundamento en los sufrimientos padecidos por éste, durante la deficiente atención médica y la demora incurrida en el diagnóstico por parte del Dr. Rafael Sasso y Sanatorio Privado San Mauricio S.R.L. Sabido es que el fallecimiento del menor ocurrido con posterioridad al inicio de las actuaciones no enerva la petición, ya que ella se traslada a sus herederos (art. 3417 del Código Civil) (fs. 29/32). Puede definirse al daño moral como: ¿una minoración en la subjetividad de la persona, derivada de la lesión a un interés no patrimonial. O, con mayor precisión, una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial? (Pizarro, Ramón D., Daño moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en la diversas ramas del derecho, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 31). Tiene por objeto, como lo ha dicho reiteradamente la Suprema Corte, indemnizar el quebranto que supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor precioso en la vida de las personas y que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más sagrados afectos (SCBA. Ac. 35579 del 22/04/86 A. y S. 1986-UI-453, entre mucho otros). En este caso, las constancias de este expediente y de la causa penal generan convencimiento de que el incumplimiento de la prestación médica por parte de los demandados causó al menor S. un agravio moral que merece ser resarcido (artículos 522 y 1078 del Código Civil). Son relevantes a este efecto, los testimonios del Dr. Carmelo Gregorio, quien se desempeñaba como médico radiólogo en el Sanatorio Privado San Mauricio que el menor se encontraba con mucho dolor, que poseía un globo vesical y que por los valores que pudo observar en el estudio del paciente Saavedra, este podía tener un estado de oligoanuria (dificultad para orinar) (fojas 432 de la causa penal). También, se tiene la

declaración de la testigo María Rafaela Velázquez, quien dijo en sede penal que vio a D. dolorido y que la falta de atención de los médicos era manifiesta (fojas 192 y 193 de la causa penal). Por su parte la testigo, Josefa del Carmen Acosta (12 de febrero del 2008) aportó similar testimonio. Ella declaró en la causa penal que había ido a ver a D. como vecina de la familia y vio que estaba muy dolorido, de hecho el dolor lo expresaba en su cara, lo sentía, no podía estar parado, se le caían las lágrimas del dolor y los médicos no hacían nada para cambiar esa situación y particularmente podía ver como le dolía la zona de la cadera y debía sentarse porque no podía estar parado (fojas 189). De igual modo, el testigo Carlos Alberto Benítez contó en este expediente que tenía a su hija internada porque tenían que operarla y que cuando la hija estaba en la sala de operación, él se quedó en la habitación que tenía dos camas, en una de ellas iban a traer a su nena. Que en ese momento llegó el nene con mucho dolor de cintura y de piernas, lo recostaron en la cama de al lado y el médico lo estaba revisando, era el Dr. Sasso, que lo sabía porque lo vio. El nene decía que le dolía mucho la cintura y las piernas y lloraba y gritaba. Después cuando regresó el médico le frotaba las piernas al nene y le preguntaba si no tenía problemas en el colegio, también le preguntaba si no se había golpeado en el colegio jugando a la pelota todo eso lo hacía mientras le masajeaba las piernas y lo último que escuchó fue que el médico le decía que era todo psicológico lo que tenía el nene. Al testigo le llamó la atención lo angustiada que estaban los padres por eso que le decía el médico que lo habían abusado en el colegio y después el dolor del nene que no paraba de llorar (fs. 546 de este expediente). Estas declaraciones son concordantes y se adicionan las respuestas del Dr. Sasso a las posiciones formuladas en la audiencia confesional, en la que admitió que el menor S. lloraba durante el examen, que el globo vesical comprime y da dolor (ver respuestas a posición 19, fs. 496/497) y pese a ello, recordemos que ordena la consulta con un psicólogo, en tal contexto probatorio al que cabe agregar las constancias de las historias clínicas y la prueba pericial médica, acreditan los padecimientos que sufrió el menor durante su periplo asistencial en el Sanatorio San Mauricio. Por lo que concluyo que la culpa médica de los demandados le causó al menor un daño moral que merece ser resarcido.(artículos 384, 421 y 456 C.P.C.C.). Por todo lo expuesto considero procedente este parcial. En cuanto a la extensión del mismo, vista toda la prueba, considero reducido la suma reconocida en la anterior instancia, por el sufrimiento y el dolor por el que tuvo que atravesar el niño de 8 años. Por lo que propongo elevar a la suma de pesos CIEN MIL (\$ 100.000) para responder al daños moral del menor D. Y. (artículos 522, 1078 del CC y 3375 y 384 del CPCC., su doctrina). XI. Se agravia la parte actora por considerar extremadamente reducido el quantum indemnizatorio en concepto de daños Moral a favor de los padres del menor y se queja por haberlo establecido, en relación a la pérdida de chance de sobrevivida y no por la muerte del menor como -entienden-correspondía. Como así también el haber omitido en la sentencia recurrida el reclamo deducido por los padres del menor en concepto de daño moral durante el periodo de tiempo desde la primera consulta sanatorial hasta el posterior fallecimiento del menor. Solicita en consecuencia, el tratamiento del reclamo en los términos de los artículos 273 y concordantes del CPCC. A su vez los demandados y citada en garantía se agravian de la procedencia y extensión de las partidas. Abogado a este fin entiendo, tratándose en la especie del resarcimiento de daños causados por incumplimiento de obligaciones contractuales, la reparación del agravio moral requerido por los padres del menor deficientemente atendido por los profesionales del Sanatorio San Mauricio, encuentra respaldo legal en el artículo 522 del Código Civil, que establece que "en los casos de indemnización por responsabilidad contractual el Juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso", no resultando de aplicación lo normado por el artículo 1078 del ese ordenamiento inserto en el título VIII que regula la responsabilidad extracontractual por ilícitos delictuales o cuasidelictuales (arts.1066 y subs. del Código Civil CC0201 LP 99372 RSD-143-5 S 07/07/2005). Con relación al daño moral, se ha destacado que éste consiste en el menoscabo de los sentimientos, los padecimiento físicos y espirituales, las inquietudes y, en general, el sufrimiento o el dolor que padece la persona como consecuencia del hecho perjudicial, independientemente de cualquier repercusión de orden patrimonial (cf. Llambías, Jorge J., Tratado de Derecho Civil- Obligaciones, Tº I, págs. 297 y ss., ed. Perrot, Bs. As., 1983).

Se observa, entonces, que el daño moral va mucho más allá del pretiumdoloris y no sólo se traduce en sentimientos, situaciones psíquicas dolorosas, sino también en la pérdida de afectos puntuales y hasta en la aptitud para experimentar afectividad o en una imposibilidad para encontrarse o arribar a una condición anímica deseable, valiosa o siquiera normal (Zavala de González, Matilde, ?Tratado de daños a las personas - Disminuciones psicofísicas?, Tº 2, pág. 394, Astrea, 2009). Asimismo, por su propia naturaleza de daño inmaterial, deviene de difícil acreditación, razón por la cual generalmente es presumido de las circunstancias y efectos del hecho dañoso (C.Apel.C.C. Salta, Sala V, in re: ?Rodríguez V.G. vs. Banco Francés S.A?, tomo 22, fs. 875). En el presente caso, es menester ponderar que el mero vínculo filial conduce racionalmente a inducir la verificación de profundos padecimientos en ambos damnificados directos que deben ser resarcidos. Sobre la valuación de este daño, la Corte Suprema ha dejado sentado que a tales fines debe tenerse en cuenta el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad y la entidad del sufrimiento causado (CSJN, Fallos: 311:1018); y que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material pues no se trata de un daño accesorio a éste (CSJN, Fallos: 312:1597). Puede observarse que tales

sentimientos afloraron en oportunidad de la pericia psicológica realizada por la licencia Cynthia Romina Guntin, quien informó que durante las entrevistas a los padres del menor D. Y. S. habían aparecido sentimientos como impotencia, incertidumbre y malestar emocional por la muerte de su hijo (fs. 596) (artículo 384 del C.P.C.C.). Luego, a fin de mensurar la entidad del daño, merece considerarse las cualidades personales de los reclamantes cuando ocurrieron los hechos de la demanda: la señora, Liliana Mansilla tenía 39 años (nacida el 24/06/1967) y el señor, Néstor Hugo Saavedra 51 años (nacido el 5/5/1955), ambos trabajaban como porteros de la Dirección General de Escuelas de la Provincia de Buenos Aires e integraban un grupo familiar con sus cinco hijos, entre ellos, el fallecido D. Y. (fs. 55/ 57; 79 106, 107; 113 del trámite de beneficio de litigar sin gastos, expediente Nro. 12008, fs. 593/597, pericia psicológica realizada en este expediente). Así también, pondero como se dijo antes que, en este caso particular de pérdida de chance de sobrevivida, no se imputa la muerte del menor a los demandados. (Ver, Marcelo J López Mesa, ?

Responsabilidad civil y médica y pérdida de chance de curación (La mala praxis médica y el reclamo por la no recuperación de la salud o el agravamiento de la enfermedad, Revista de Derecho de Daños- Chances, 1 ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, páginas 29/35).), cabe agregar que los padres ante la falta de respuesta de los médicos debieron tomar la difícil decisión de llevarse a su hijo al alta médica -con todas las angustias que ello implica- a un lugar donde recibiera adecuada atención tal contexto probatorio no cabe duda de los padecimientos que sufrieron los padres menor durante su periplo asistencial en el Sanatorio San Mauricio por la falta de respuesta médica a los dolorosos padecimientos del niño que obviamente dan cuenta los peritos y repercutieron en los progenitores al ver sufrir de esa forma a su hijo, daño moral que merece ser resarcido (artículos 522 del CC y 384, 456 y 474 CPCC). Finalmente, merece especial consideración que el menor tenía 8 años cuando sucedieron los hechos de la demanda y que falleció dos años después, el 2 de marzo del 2009 a los diez años y que la pérdida de chance de sobrevivida fue estimada en diez años. Reitero lo valorado anteriormente en el capítulo de responsabilidad a las indagaciones periciales permiten inferir que la mala praxis no causó la enfermedad del paciente y el resultado muerte, pero la demora incurrida en el diagnóstico privó al menor S. de una mejor calidad y de la probabilidad de sobrevivida (artículo 474 CPCC) Es dable señalar, que los padecimientos sufridos en la órbita de la atención médica brindada por los demandados como además de la pérdida de chance de sobrevivida conllevan dolor y sufrimiento, máxime cuando se trata de un hijo, y con la significancia existencial que para los padres constituye la pérdida de las esperanzas de vida, por lo que estimo reducida la suma fijada en primera instancia, correspondiendo elevarla a la suma de pesos cien mil \$ 100.000 (Pesos cien mil) respecto de cada progenitor (art. 522 y concordantes del CPCC). Dicha cifra guarda razonable relación con la suma determinada por daño moral, donde se imputa pérdida de chance por muerte, siendo por supuesto mayores los montos, de una víctima menor de edad (10 años) fallo de esta misma Sala, recaído en los autos caratulados ?Olguin Carmen c/ Veiga Jesús y otros s/ Daños y Perjuicios? (Causa nro. 4712/1) 08/08/2017. XII.- Se agravia la actora y la demandada en cuanto al computo de los intereses que se dispone en la sentencia queja la parte actora en Por hacer una distinción en cuanto a la aplicación de los intereses distinción que no surge de ningún cuerpo legal, y también por el momento que toma desde cuándo deben correr los intereses. A su vez los demandados que los mismos se computen en razón que se trata de un incumplimiento contractual es evidente que la mora se produce desde la notificación de la demanda. En este sentido corresponde modificar el punto de partida de los intereses que se establecieron en la sentencia el día 14 de marzo de 2007, con sustento en que en dicha fecha fue cuando cesó la actuación médica de los demandados. Contrariamente a lo resuelto, se ha sostenido, en el caso de una mala praxis médica, si la mora se produce en el mismo instante del acto médico desencadenante de los daños por los que prospera la pretensión, los intereses deben correr desde ese momento .Es que, aún frente a hipótesis de responsabilidad contractual, tratándose de una obligación incumplida en forma definitiva, no es necesaria la previa intimación para constituir en mora (conf. CNCiv., 13/06/02, Sala ?E?, ?López Beatriz Isabel c/Hospital Británico de Buenos Aires?, elDial - AE1AB2, ?Raso de Scibetta Cristina Alicia c/Aranovich, Fernando y o. s/Responsabilidades profesionales?, del 03/04/01; íd ?Taborda Juan c/Fiorentino Jorge s/ordinario?, L.nº 397.402 del 08/11/04, CNCiv. Sala H, ?Ordoñez María Cristina c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros s/Daños y Perjuicios-Resp. prof. Médicos y aux.?, R. 446.956; 30/1 C.N.Civ., Sala 3, ?Lopez c. Htal. Británico?, elDial-AE1AB2; C.N.Civ., Sala H, ?T, J. c. F., J.?, 8/11/04, con cita de precedente de la misma Sala del 3/04/91, elDial-AA2696) En el caso particular el acto médico por el cual se el cual han sido responsabilizados los demandados se produjo tuvo lugar el 8 de marzo de 2007 el menor asistió a la guardia del sanatorio, San Mauricio y en esa ocasión fue evaluado por los Doctores, Garret y Schwartzman, quienes solicitaron una interconsulta con el Dr. Rafael Sasso, médico pediatra pese al cuadro doloroso solicita la realización de una ecografía abdominal e interconsulta con psicología infantil sin que desde esa la fecha indicada se practicara actuación médica alguna vinculado vinculada a arribar a un correcto diagnóstico y tratamiento. Motivo por el cual corresponde hacer lugar al agravio y modificar la fecha a partir de la cual correrán los intereses, la cual deberá ser a partir de la fecha señalada, es decir el día 08 de marzo de 2007. (véase en igual sentido Voto del Dr. Posca in re: ?Rodríguez Eliana Soledad c/ Clínica Cruz Celeste Sacym s/ Daños y Perjuicios, Causa n°: 4677/1, RSD nro.: 154/17, Folio nro.:1181) En cuanto la tasa que corresponde aplicar éste Tribunal que ahora integro ha adherido desde hace

ya varios años al criterio que cuando se trata de aplicar la tasa de interés sobre el capital de la condena, en los juicios de daños y perjuicios originados con motivo de la consumación de cuasidelitos, correspondía la aplicación de la tasa pasiva que paga el banco de la provincia de Buenos Aires en sus operaciones de depósito a plazo fijo renovables a treinta días. Ello, siguiendo la doctrina legal de nuestra Suprema Corte de Justicia Bonaerense. Sin perjuicio de ello, ésta Alzada en un reexamen de la cuestión había decidido aplicar la Tasa Pasiva Digital, en el entendimiento de que la misma no vulneraba la doctrina mencionada. En un nuevo fallo, nuestra Excma. Casación Provincial ha cambiado el criterio sostenido en la materia hasta el momento -aplicación de la tasa pasiva-, pues en la causa "Cabrera" la Dra. Kogan -Voto al que adhirió la mayoría- decidió que "el nuevo Código Civil y Comercial de La Nación, dispone en su art. 768 inc. "c", de modo subsidiario, la aplicación de tasas que se fijen según las reglamentaciones del Banco Central. En éste contexto, entiendo que la evolución de las distintas tasas de interés pasivas aplicadas por el Banco de la Provincia de Buenos Aires, que se hallan determinadas en el marco reglamentario de la mencionada institución oficial (art. 768, inc. "c", Cód. Cit.). Por tal razón y a favor de la nueva doctrina que comienza a consolidarse, considero que 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 Aires 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). Atento al criterio en el cual se enrola nuestra Casación Provincial, no cabe más que señalar que los intereses se computaran 8 de marzo de 2007 (momento en que nace la obligación de resarcir el perjuicio causado, quedando el accionado constituido en mora "ex re" (automática y de pleno derecho) conforme se desprende de los arts. 495, 496, 497, 499 y 509 del Código Civil), hasta la fecha del íntegro y total pago de la deuda a la tasa de interés establecida por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en el fallo mencionado, el cual, amén de su razonabilidad, se impone como doctrina legal, debiendo en su consecuencia ser acatado por éste Tribunal. XIII.- Del daño psicológico. Se queja el Dr. Diego Javier Guadalupe -letrado apoderado de los co- demandados- de la procedencia del rubro daño psicológico en favor de los accionantes. Ahora bien, toda vez que de la atenta lectura de la sentencia de la instancia de origen no se advierte la concesión del parcial del cual el apelante se agravia, su tratamiento resulta improcedente por no constituir ello una crítica concreta y razonada de la parte del fallo que el mismo encuentra equivocada (art. 260 del C.P.C.C.) XIV.- Las costas de Primera y Segunda Instancia Atento al modo en cómo se resuelve la presente contienda judicial, estimo que las costas generadas en ambas Instancias deben ser impuestas a los demandados y sus asegurados -dentro de los límites de la cobertura contratada-. Ello, por estricta aplicación del criterio objetivo de la derrota. Por las consideraciones legales, doctrinarias y jurisprudenciales expuestas, VOTO PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA Por análogos fundamentos el Dr. Posca también VOTAN POR LA AFIRMATIVA.- A LA TERCERA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR HECTOR ROBERTO PÉREZ CATELLA dijo: Visto el Acuerdo arribado al tratar las cuestiones que anteceden, propongo: 1°) SE MODIFIQUE la sentencia apelada de la siguiente manera: A) SE HAGA LUGAR al parcial Daño Material por pérdida de chance de sobrevivida en la suma de pesos TREINTA MIL (\$30.000,00.-) en favor de la Sra. Mansilla Liliana y en la suma de pesos DIEZ MIL (10.000,00.-) a favor de los sucesores del Sr. Néstor Hugo Saavedra; B) SE ELEVE el rubro Daño Moral a favor del menor D. Y. S. a la suma de pesos CIEN MIL \$100.000,00.-; C) SE ELEVE el rubro Daño Moral por todo concepto a favor de los progenitores a la suma de pesos CIEN MIL (\$100.000,00.-) para cada uno de ellos; 2°) SE FIJE que los intereses se computaran desde el día 8 de marzo de 2007 (momento en que nace la obligación de resarcir el perjuicio causado, quedando los accionados constituidos en mora "ex re" (automática y de pleno derecho) conforme se desprende de los arts. 495, 496, 497, 499 y 509 del Código Civil), hasta la fecha del íntegro y total pago de la deuda debiendo calcularse los intereses exclusivamente sobre el capital, mediante la utilización de la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires 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.); 3°) SE CONFIRME el resto de la sentencia apelada en cuanto ha sido materia de agravios; 4°) SE IMPONGAN las costas de Alzada a los demandados y las citadas en garantía -dentro de los límites de la cobertura contratada (arg. art. 68, segundo párrafo d CPCC). 5) SE DIFIERA las regulaciones de honorarios para su oportunidad (art. 31 Dec. Ley 8907/77). Por ello, ASI LO VOTO.

A la misma cuestión, el Señor Juez Dr. Ramón Domingo Posca por los mismos fundamentos, adhiere al voto del vocal preopinante VOTANDO PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA. Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente: SENTENCIA AUTOS Y VISTOS: CONSIDERANDO: Conforme el resultado obtenido en la votación de que instruye el Acuerdo que antecede, este Tribunal: RESUELVE: 1°) MODIFICAR la sentencia apelada de la siguiente manera: A) HACER LUGAR al parcial Daño Material por pérdida de chance de sobrevivida en la suma de pesos TREINTA MIL (\$30.000,00.-) en favor

de la Sra. Mansilla Liliana y en la suma de pesos DIEZ MIL (10.000,00.-) a favor del Sr. Néstor Hugo Saavedra; B) ELEVAR el rubro Daño Moral a favor del menor D. Y. S. a la suma de pesos CIEN MIL (\$100.000,00.-); C) ELEVAR el rubro moral por todo concepto a favor de los progenitores a la suma de pesos CIEN MIL (\$100.000,00.-) para cada uno de ellos; 2°) FIJAR que los intereses se computaran desde el día 8 de marzo de 2007 (momento en que nace la obligación de resarcir el perjuicio causado, quedando los accionados constituidos en mora *ex re?* (automática y de pleno derecho) conforme se desprende de los arts. 495, 496, 497, 499 y 509 del Código Civil), hasta la fecha del íntegro y total pago de la deuda debiendo calcularse los intereses 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.); 3°) CONFIRMAR el resto de la sentencia apelada en cuanto ha sido materia de agravios; 4°) IMPONER las costas de Alzada a los demandados y las citadas en garantía -dentro de los límites de la cobertura contratada (arg. art. 68, segundo párrafo d CPCC). 5) DIFIERIR las regulaciones de honorarios para su oportunidad (art. 31 Dec. Ley 8907/77). REGISTRESE. NOTIFIQUESE. DEVUELVA.

025132E