

Responsabilidad De La Clinica Por Infeccion Intrahospitalaria

JURISPRUDENCIA

Responsabilidad de la clínica por infección intrahospitalaria

Se eleva el importe por el que prospera la demanda por los daños y perjuicios derivados de la infección intrahospitalaria contraída por la actora, con motivo de la deficiente asepsia quirúrgica al momento de ser sometida a una cirugía en la clínica demandada.

ACUERDO: En la Ciudad de San Martín de los Andes, Provincia del Neuquén, a los siete (7) días del mes de mayo del año 2018, la Sala 2 de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, integrada con los señores Vocales, la Dra. Alejandra Barroso y el Dr. Dardo W. Troncoso, con la intervención de la Secretaria de Cámara, Dra. Mariel Lázaro, dicta sentencia en estos autos caratulados: ?ALONSO ALEJANDRA ADRIANA C/ CREDIT S.A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS?, (Expte. Nro.: 34943, Año: 2013), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° DOS de la IV Circunscripción Judicial, con asiento en la ciudad de Junín de los Andes. De acuerdo al orden de votos sorteado, la Dra. Alejandra Barroso, dijo:

I.- A fojas 659/680 se dictó sentencia de primera instancia con fecha 2 de noviembre de 2017, por medio de la cual el Sr. Juez interviniente resolvió hacer lugar parcialmente a la demanda interpuesta y condenar a la demandada a abonar a la actora la suma de \$ 140.000, disponiendo se adicione al capital por daño emergente intereses moratorios calculados desde el hecho lesivo y hasta el efectivo pago a la tasa activa del BPN y al capital por daño moral intereses compensatorios desde el hecho lesivo y hasta la fecha de sentencia al 6% anual y desde allí en adelante, moratorios a la tasa activa del BPN. Hace lugar a la defensa de exclusión de cobertura planteada por la citada en garantía PRUDENCIA COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES S.A. Impone las costas a la parte demandada y difiere la regulación de honorarios hasta el momento de que obre en autos liquidación aprobada. II. Contra el pronunciamiento citado se alza la parte actora interponiendo recurso de apelación a fs. 684; igualmente la demandada interpone recurso a fs. 685. La actora expresa agravios conforme resulta del escrito obrante a fs. 692/695 vta., el que es contestado por la demandada tal lo que surge del escrito obrante a fs. 714/716 vta. Por su parte la demandada expresa agravios a fs. 696/704 vta., los que son contestados por la actora a fs. 706/711 vta. y por la citada en garantía a fs. 717/718. Asimismo, a fs. 614 interpone recurso de apelación la parte demandada contra la imposición en costas dispuesta en la resolución de fs. 610, el cual es concedido con efecto diferido (fs. 621 y 622). III.- En primer lugar destaco que la parte demandada no ha procedido a fundar el recurso concedido con efecto diferido de conformidad con lo dispuesto por el art. 260 inc. 1 del CPCC, por lo que corresponde declarar su deserción (arts. 265 y 266 del CPCC). IV.- Agravios de la parte actora: Luego de algunas consideraciones que expresa en su escrito, ingresa a plantear los agravios concretos. a) Primer agravio: En primer lugar, y con cita textual de la sentencia puesta en crisis, cuestiona el monto otorgado a la actora en concepto de daño material. Puntualmente, critica que se haya tomado como parámetro la edad de 52 años como edad jubilatoria de la actora, considerando que no se probó su fecha de ingreso, el tiempo de servicio, que quisiera dejar de trabajar a los 52 años, sino que se ha resuelto dogmáticamente que a esa edad estaría jubilada y que la indemnización llegaría hasta esa edad. Afirma que genera una reducción del cálculo indemnizatorio de casi ocho años, tomando en cuenta la edad de 60 años. Igualmente le genera duda saber cómo llegó al monto de \$ 90.000,00 en que fijó este rubro indemnizatorio, tildando el fallo de incongruente, dogmático y carente de sustento fáctico. Sostiene que se le privan de 8 años de indemnización como reparación plena hasta la edad de 60 años de jubilación ordinaria. Realiza el cálculo que estima justo, tomando como parámetro la edad de 60 años y arribando a la suma de \$ 146.953,35. b) Segundo agravio: En esta queja cuestiona que se haya omitido reconocer el daño psicológico y los costos del tratamiento. Con cita textual de parte de la pericia psicológica producida en autos, expresa que se ha acreditado que la actora padece una crisis psicológica crónica y sin curación, asegurando que el a quo ha omitido referirse a esta cuestión, sin admitirla ni rechazarla. En estos términos expresa que no se ha fijado indemnización para costear el tratamiento psicológico que se determina en la pericia, de \$ 40.000,00. Solicita también se tenga en cuenta que ese importe fue determinado a la fecha de la pericia. c) Tercer agravio: En este agravio cuestiona el monto fijado en concepto de daño moral, de \$ 50.000,00 por considerarlo reducido. Se remite para fundar su queja a los resultados de la pericia psicológica de autos. Solicita se eleve el monto. d) Cuarto agravio: Finalmente, cuestiona el rechazo del rubro pérdida de chance oportunamente reclamado. Aclara que no es correcto afirmar que la actora logra la titularidad en su cargo. El cargo de la actora era maestra simple de educación inicial suplente (código IA3), cuando titulariza, primero cambia la situación de revista, no la jerárquica, segundo cambia la jerárquica a menos (código JA3), la actora pasa a ser preceptora simple de educación inicial, una auxiliar del docente de la maestra simple de educación inicial. Afirma que contar con la titularidad en ese cargo permite entrar en carrera docente, es decir aspirar a ascensos de jerarquía, chance que podría haber tomado la actora atento a la

Resolución 2055/09 de llamado a concurso para titularizar cargos de Dirección de Jardines de Infantes, pero que se vio imposibilitada por su situación de cambio de funciones, que la convierte en una docente de situación pasiva, por lo que no puede aspirar a mejorar su jerarquía, todo esto ratificado por la Circular 003/13 del CPE. Reitera que la actora nunca ascendió de jerarquía y que su carrera terminó como preceptora titular, con cambio de funciones permanente, auxiliar docente en situación pasiva, cobrando como docente con el código JA3. Manifiesta que entrando a la página web de la Secretaría de Educación de Neuquén se pueden obtener estas resoluciones administrativas que acreditan sus dichos. Sostiene que se ha negado una posibilidad más que cierta de tener mejor remuneración y ello no aconteció por el accionar de la demandada. Realiza otras consideraciones a las que me remito en honor a la brevedad y solicita se revoque la sentencia apelada en lo que ha sido motivo de agravios.

V.- Contestación de agravios por parte de la demandada: La demandada contesta el traslado de los agravios de la actora, planteando en primer lugar la falta de una crítica concreta y razonada del fallo en crisis. Subsidiariamente contesta los agravios vertidos. Con respecto al primer agravio, entiende que, más allá de lo confuso del planteo, debe tomarse como inicio del cálculo la edad que la actora tenía al momento del dictado de la disposición mediante la cual la Junta Médica del CPE le otorga el cambio de funciones, y no la edad de la actora al momento de la intervención quirúrgica. Indica que no se ha acreditado que el CPE le haya reducido sus haberes como para justificar la procedencia del rubro cuestionado. Por ello entiende que el daño económico resulta inexistente. En orden al segundo agravio, expresa que la actora no ha reclamado daño psicológico, por lo que mal puede considerar que ha habido una omisión. A todo evento, expresa que la actora posee obra social de ISSN, por lo que, en todo caso, sólo correspondería el pago del coseguro por cada una de las sesiones determinadas en la pericia. Con respecto al tercer agravio, también solicita su rechazo, expresando que no ha logrado acreditar este extremo, el cual debe ser probado concretamente y es de interpretación restrictiva. Finalmente, con relación al cuarto agravio, también considera que no se ha acreditado el rubro reclamado como pérdida de chance. Manifiesta que durante un lapso de 4 años entre 2005 y 2009 (fecha de la cirugía valguizante), la actora no ha logrado demostrar qué ocurrió, no acreditó haber realizado capacitaciones o cursos que le permitan adquirir puntaje y acceder a cargos vacantes, o haber concursado algún cargo. En cambio, se acreditó que, mientras la actora alegó no haber podido acceder a cargos jerárquicos, en el año 2007 abrió una hostería y que se encargaba de todo el emprendimiento turístico. Por las razones expuestas, solicita se rechace el recurso interpuesto, con costas. Formula reserva de caso federal.

VI.- Agravios de la parte demandada: Luego de algunas consideraciones plantea su queja en orden a la decisión de hacer lugar parcialmente a la demanda interpuesta y a la defensa de exclusión de cobertura planteada por la citada en garantía.

a) Primer agravio: En su primer planteo afirma que la actora no ha probado la cronología de los hechos alegados ni la responsabilidad de su parte en la infección denunciada y mucho menos que la bacteria citrobacter haya sido contraída en el quirófano de la demandada. Entiende que no se ha demostrado los síntomas posteriores a la intervención, que la actora haya consultado telefónicamente con los médicos tratantes, que estos le hayan indicado ingerir algún medicamento o que luego del lavado artroscópico haya quedado internada sólo con un enfermero y se le haya dado el alta al día siguiente o que la bacteria haya sido contraída en el quirófano del CEDIT S.A. Expresa que la actora hizo un relato general e impreciso de los hechos y pasa de estar internada a principios del año 2005 en terapia intermedia de la Clínica San Agustín de la ciudad de Neuquén por una supuesta infección intrahospitalaria, a ser intervenida quirúrgicamente en el año 2009 en una cirugía valguizante en la tibia. Afirma que existe un bache de 4 años sin que haya probado si ha tenido seguimiento médico para luego en el año 2009 someterse a una intervención quirúrgica cuyo resultado haya generado el cambio de funciones otorgado por la Junta Médica de la Dirección de Salud Ocupacional del CPE. Que durante ese lapso no haya puesto en conocimiento de la situación a su parte y que recién 9 años y 6 meses después promueva la acción. Reitera que la actora no pudo probar que la bacteria fue contraída en el quirófano, ni tampoco pudo identificarla, además de señalar que la pericia médica se basa sólo en los dichos de la actora, y se omite chequear si estos están acreditados o introducidos en el escrito de demanda, además de utilizar términos como ¿presumo, considero?. Aduce que las respuestas no están fundadas científicamente ni bibliográficamente. Argumenta que el consultor técnico de su parte expresó que las patologías de la actora (osteofitosis, artrosis, etc.) no son propias de procesos infecciosos y que los procesos infecciosos no generan artrosis. Cuestiona que se funde la decisión en la presunción contra su parte al no contar con habilitación del quirófano por parte de la Subsecretaría de Salud, lo cual es cierto, pero agrega que la renovación de la habilitación es un trámite administrativo y que no se trataba de un quirófano clandestino. Sostiene que dicha presunción se encuentra desvirtuada por el informe del consultor técnico, del que surge que la actora nunca pudo contraer la bacteria en el quirófano de su mandante.

b) Segundo agravio: En este punto cuestiona la valoración de la prueba realizada por el a quo por parcial y arbitraria. Considera que se ha fundado la decisión en la pericia médica rendida en autos a fs. 390/396 de la Dra. Detarsio, sin considerar los restantes elementos como los hechos afirmados en la demanda y contestación, el informe de los consultores médicos y el informe del Cuerpo Médico Forense de fs. 634/638). Afirma que la pericia adolece de imprecisiones y falta de fundamentación, y además la perito tuvo por

acreditados hechos que ni siquiera fueron mencionados en el escrito de demanda. A modo de ejemplo destaca algunas consideraciones de la sentencia con respecto a la pericia, puntualizando circunstancias que no surgen del escrito de demanda, sino que supone han sido manifestaciones de la actora al momento de llevarse a cabo la entrevista, como que a pocas horas de la cirugía sintió escalofríos, fiebre e intenso dolor regional?. Destaca otras contradicciones entre lo que resulta de la pericia y los hechos afirmados en la demanda, como las circunstancias en que fuera trasladada a Neuquén, afirmando que la pericia médica modifica los hechos y tiene por acreditados los mismos en función de los dichos de la actora. Igual error atribuye al informe del Cuerpo Médico Forense. Expresa que no fue un hecho casual que su parte al proponer los puntos de pericia haya solicitado que ?Explique si una afección intrahospitalaria como la descrita por la actora puede manifestarse once días después de la intervención quirúrgica, y en su manifestación dar fiebre 4 días después, es decir a 15 días de haber contraído la infección?. Se solicitó ese punto de pericia porque esos eran los hechos que resultaban de la HC y del escrito de demanda. Manifiesta que su parte se defendió de los hechos descriptos en la demanda mientras que el a quo resuelve sobre hechos introducidos con posterioridad al momento de llevarse a cabo la pericia médica. c) Tercer agravio: Cuestiona en este planteo la escasa valoración dada a la impugnación de la pericia médica de fs. 406/409, como al informe técnico del Dr. Martínez (fs. 586/589). d) Cuarto agravio: Agravia a esa parte la omisión del sentenciante en considerar la autorización de la actora para administrar anestesia y realizar la cirugía. Expresa que en dicha autorización se le explicaron los riesgos de la intervención, así como las posibles complicaciones, las posibilidades de recuperación, las limitaciones resultantes y la cantidad de dolor y sufrimiento que implicaba y que no se le garantizaba en modo alguno el resultado de la operación y curación, dando la actora en consecuencia su consentimiento informado. e) Quinto agravio: Subsidiariamente agravia a la demandada el elevado monto por el que prospera la demanda. Con relación al daño emergente, cuestiona que se haya fijado la suma de \$ 90.000,00 sin explicar los fundamentos. Destaca que la actora nunca dejó de percibir sus haberes como dependiente del CPE y en el 2007 abrió una hostería de la que es única responsable conforme lo acreditado en autos (fs. 565/566). Con respecto al daño moral igualmente cuestiona su monto, afirmando que no está acreditado la manera en que se vio afectada anímicamente la actora y que, si así fuera, no entiende cómo pudo estar a cargo de una hostería donde recibe y debe atender permanentemente personas, turistas de todo el mundo, proveedores, personal, etc., por lo que entiende no sufrió daño moral alguno y, eventualmente, el que sufrió es menor, siendo que prima el criterio restrictivo en estos casos. Por esos motivos solicita se reduzcan los montos por los que prospera la demanda. f) Sexto agravio: En esta queja cuestiona la fecha desde la cual se computan los intereses moratorios y la tasa de interés fijada para el rubro daño emergente. Sostiene que resulta un error calcular los intereses desde la fecha del hecho lesivo, es decir desde el 7/12/2004, siendo que la actora nunca constituyó en mora a su parte y el primer anoticiamiento de los daños reclamados fue con la notificación del traslado de demanda. Considera entonces que los intereses moratorios deben computarse desde la fecha de la sentencia o, en todo caso desde el día 23/8/13, fecha de la notificación de la demanda. Con respecto a la aplicación de la TA, considera que, conforme la jurisprudencia de los tribunales de nuestra provincia, dicha tasa debe comenzar a aplicarse a partir del 1 de enero de 2008 y hasta allí la tasa promedio de la misma entidad bancaria. Cita precedentes del TSJ local. g) Séptimo agravio: Para el caso en que los agravios expresados en primer término no prosperen, agravia a la apelante que se haya hecho lugar a la exclusión de cobertura. Argumenta que, si bien el a quo reconoce que al momento de la intervención quirúrgica su parte tenía contratado el seguro y que el evento dañoso se encontraba eventualmente cubierto, hace lugar a la exclusión de cobertura porque se acreditó que la cobertura se hallaba formalmente fuera de la garantía dado que el siniestro no se denunció dentro del periodo de vigencia ni del plazo opcional del endoso tal como se contrató en la cláusula 5ª (fs. 179 vta.). Dice que la decisión resulta arbitraria, ya que al momento de la intervención quirúrgica el evento dañoso se encontraba asegurado, y que su parte tomó conocimiento del reclamo recién cuando fue notificado de la demanda, es decir 9 años y seis meses después, por lo que le resultaba imposible a su parte denunciar el siniestro dentro del periodo de vigencia como pretende la aseguradora. Resulta irrazonable pretender que se denuncie un siniestro que no se conocía. En caso de hacerse lugar a este agravio, solicita que las costas generadas por la intervención de su parte le sean impuestas en su totalidad a la aseguradora. Realiza otras consideraciones a las que me remito en honor a la brevedad, cita jurisprudencia que hace a su derecho y solicita se revoque la sentencia apelada en lo que ha sido motivo de agravios, con costas. Formula reserva de caso federal. VII.- Contestación de agravios por la parte actora: La actora contesta los agravios indicando las constancias probatorias que resultan de la pericia médica, señalando que el quirófano no contaba con habilitación y las aclaraciones vertidas en la audiencia realizada en autos. Señala que la HC da cuenta que el 18/12/04 se llevó a cabo el lavado quirúrgico artroscópico con diagnóstico de artritis séptica. Afirma que los hechos surgen de la HC reconocida por la propia demandada. Con relación a los montos que prosperaron, se remite a su escrito recursivo, solicitando se de tratamiento conjunto. En orden a los intereses entiende que la cuestión se plantea recién en esta instancia, no habiendo dicho nada la demandada ni la citada en garantía en su responde. Realiza otras consideraciones a las que me remito en honor a la brevedad y solicita se rechace el recurso interpuesto, con costas. VIII.-

Contestación de agravios de la citada en garantía: La citada en garantía reconoce la existencia de la póliza de seguro a favor de la demandada, cuya vigencia se extendió desde el 1/2/04 y hasta el 1/2/05. Transcribe lo dispuesto en la cláusula 5ª de la póliza, donde se expresa que no están cubiertos los reclamos que lleguen a conocimiento fuera del límite temporal de vigencia. Agrega que el tomador del seguro, la demandada, tenía a su alcance medios técnicos para extender la cobertura, que cita, sin que haya hecho uso de los mismos. Realiza otras consideraciones y solicita se rechace el recurso interpuesto, con costas. IX.- En forma preliminar destaco que considero que las quejas traídas cumplen, con la exigencia legal del art. 265 del C.P.C.C. He realizado la ponderación con un criterio favorable a la apertura del recurso, en miras de armonizar adecuadamente las prescripciones legales, la garantía de la defensa en juicio y el derecho al doble conforme (art. 8 ap. 2 inc. h) del Pacto de San José de Costa Rica). También, puntualizo que procederé a analizar la totalidad de los agravios vertidos sin seguir al apelante en todas y cada una de las argumentaciones y razonamientos que expone sino sólo tomando en consideración aquellos que resulten dirimentes o decisivos en orden a las cuestiones que se plantean. X.- Sentado lo anterior y expuestas brevemente las posturas de las apelantes, ingresaré al tratamiento de los agravios. 1.- Agravios de la demandada: Por una cuestión de orden lógico y metodológico he de analizar en primer lugar las críticas de la demandada. a) Primer, segundo y tercer agravio: Ingresaré al tratamiento de estos agravios en forma conjunta, en tanto los mismos giran en torno a la procedencia de los presupuestos de la responsabilidad civil, fundamentalmente el incumplimiento de la demandada y la relación adecuada de causalidad con el daño. Centralmente, surge de autos y llega firme por no haber sido motivo de cuestionamiento, que la accionante es sometida a una intervención quirúrgica artroscópica el día 7 de diciembre de 2004 por una patología meniscal de la rodilla derecha en la Clínica CEDIT demandada. Luego de ello, y con fecha 18 de diciembre de 2004, en el mismo establecimiento de la demandada y por los síntomas que presentaba la actora, se sospecha de artritis séptica y se realiza, por el Dr. Costenaro, un lavado quirúrgico artroscópico. Se le realiza punción y se aísla bacteria citrobacter. El 22 de diciembre es derivada a la Clínica San Agustín, en la cual ingresa consignándose que padece artritis séptica post artroscopia realizada el 7/12/04, con importante edema de miembro inferior derecho hasta la raíz del músculo, con hematomas a nivel de las heridas de punción y con dolor a la compresión y palpación. Se confirma que se detecta la bacteria citrobacter y la actora permanece internada en este establecimiento 17 días. Todo ello resulta de las constancias de las HC que no han sido controvertidas por las partes y es corroborado por los distintos dictámenes periciales realizado en autos: el de la perito oficial, el de los consultores técnicos de parte y finalmente, de la pericia del Cuerpo Médico Forense. En la pericia del Cuerpo Médico Forense luce interrogatorio clínico a la actora, y se precisa además, cronológicamente, lo que resulta de las HC y de autos, que se conforma a lo expuesto precedentemente, en los puntos relevantes. Igualmente, y más allá de afirmarse que el CEDIT S.A. realiza tratamientos ambulatorios, de la pericia del Cuerpo Médico Forense resulta el ingreso de la actora el día 18/12/04 y el alta hospitalaria a la hora 12 del 19/12/04, tal lo afirmado por la accionante (sin perjuicio de que hubiera un enfermero o más) (fs. 635 vta.). En estos términos, no le asiste razón al quejoso cuando afirma que la actora no ha logrado acreditar la cronología de los hechos que afirma, sin perjuicio de algún dato o detalle que pudiera no estar acreditado (si se fue en ambulancia o en auto particular a Neuquén, si se quedó con un enfermero o se fue a su casa, si habló telefónicamente con los médicos o no), entiendo que estas circunstancias particularizadas resultan irrelevantes en orden a la decisión que se cuestiona, y que, lo central en relación con los hechos se encuentra demostrado, particularmente la cronología expresada precedentemente. El ?bache? que alega el demandado de más de 4 años hasta la cirugía valguizante en el año 2009, también resulta irrelevante, en tanto lo que se discute en autos es si la actora sufrió una infección intrahospitalaria al momento de la cirugía artroscópica por su patología de menisco, el tratamiento recibido a partir de allí y la relación causal con su actual incapacidad. Por otro lado, resulta de la pericia médica rendida que la índole de las secuelas de la artrosis de rodilla derecha le hizo perder la alineación, por lo que debió ser sometida a esta cirugía correctiva. Asimismo, del informe del CMF surge que tanto la cirugía valguizante como la kinesioterapia fueron requeridas como tratamientos especiales a raíz de las lesiones que padeció (fs. 636 vta.). Por su parte, la pericia médica no se funda exclusivamente en los dichos de la actora, que tampoco se han tenido por acreditados en la sentencia, como parece entender el apelante, sino que son relatados en la sentencia como parte del informe. El interrogatorio a la actora forma parte de la indagación clínica de la perito, a lo cual ha de sumarse el estudio de las constancias de la causa (HC, informe del estado del quirófano) y otros estudios complementarios. Tanto la perito oficial como el CMF, dictaminaron que la actora sufrió una artritis séptica posquirúrgica, además agrego que con ese diagnóstico ingresó a la Clínica San Agustín donde fuera derivada. Por otro lado, resulta también de la HC, y de las pericias que tuvieron en cuenta la misma, que la bacteria era un citrobacter (la perito especifica aún más). Por su parte, en cuanto al tiempo de incubación, la pericia del CMF indica que es entre los 07/12 días, dependiendo del cuadro previo. En relación a cuándo se manifiesta el cuadro infeccioso en estos casos, tanto la pericia oficial como el CMF, indican que puede ser a las 24 hs., de forma aguda, aunque también de manera tardía. Es más, la pericia del CMF expresa que en los pacientes sometidos a intervención quirúrgica, los signos y síntomas pueden presentarse hasta los 30 días posteriores al

procedimiento (fs. 638). Por su parte, y a lo largo de su escrito de apelación, el recurrente no cuestiona otras consideraciones y conclusiones del sentenciante que resultan relevantes en su valoración probatoria y que comparto. Destaco que, sin lugar a dudas, la actora ha acreditado padecer los síntomas de la infección (edema, dolor), conforme resulta de la HC de la Clínica San Agustín a su ingreso y también de la HC de la demandada en tanto el día 18/12/04 se diagnostica artritis séptica. Oportunamente la demandada arguyó en su defensa, con informe de su consultor técnico, que la infección de la actora no pudo tener origen en una bacteria intrahospitalaria, porque no hubo una internación prolongada, porque el establecimiento cumple con todas las normas de higiene y asepsia que requiere este tipo de quirófanos y también afirmó que la demandante pudo haber contraído la bacteria en su vivienda particular o en Aluminé, dado que las calles son de tierra. Estas circunstancias alegadas en su defensa no pudieron ser demostradas, e incluso fueron desacreditadas. En el informe del CMF expresa la perito que las probabilidades son menores en los centros ambulatorios, pero ¿siempre que se cumplan con todas las guías normativas y de organización de dichas instituciones? (fs. 638 vta.). La demandada no demostró cumplir con las normas de higiene y asepsia, por el contrario, se acreditó lo opuesto. El sentenciante concluye que el tipo de infección intrahospitalaria como el que padeció la actora tiene su causa en las fallas en la asepsia quirúrgica, lo cual es desarrollado extensamente por la perito médica, quien además realiza descripciones muy gráficas al respecto en orden a los protocolos para la prevención, lavado de manos, entre otros. En este aspecto, el a quo tiene en cuenta que, al momento de la cirugía de la actora el CEDIT tenía vencido su control bromatológico provisorio desde el mes de agosto de 2004 (conf. fs. 311), y no contaba con un comité de epidemiología e infecciones. De la inspección realizada el día 9 de marzo de 2005 surgen las condiciones del centro asistencial, y se constata: "... El office de esterilización no cumple con los principios de dicho proceso. Para lo cual se deberá retirar cocina y heladera y dividir el área sucia con una bacha más profunda y la limpia sectorizando el área de preparación del material y el área de esterilización propiamente dicha. Se deberá cambiar las griferías en sector pre quirúrgico que sean efectivamente manos libres...? (fs. 307). En este punto, puede advertirse que la demandada aún en esta instancia minimiza las exigencias de higiene y esterilización del quirófano, al pretender, conforme expresa en su escrito, que la renovación de la habilitación del quirófano es sólo un trámite administrativo. Tampoco pudo provenir la bacteria de la flora endógena de la actora, o al menos esto no ha sido demostrado, en tanto era una persona sin antecedentes patológicos, ni presentó síntomas ni previos a la cirugía ni posteriores, todo lo cual resulta del informe pericial rendido y de las explicaciones de la perito en audiencia. La perito en audiencia entiende que la vía por la cual ha ingresado el citrobacter a la rodilla de la actora debió ser a través de la artroscopia, que introduce un elemento punzante, ya que la actora no tenía infección urinaria ni ósea y la rodilla en sí es hermética (fs. 458). Además, como claramente indica la perito, el diagnóstico de la propia demandada al derivar a la actora fue artritis séptica post artroscopia, como dije. Es decir que se descartaron sistemáticamente todas las otras posibles maneras de haber contraído la infección, en este caso concreto, sin que existan elementos que desvirtúen estas conclusiones. Con respecto a si un proceso infeccioso puede generar la artrosis que padece la actora, la perito en autos se expide extensamente con respecto al punto a fs. 392 vta./394, conteniendo su respuesta mayor fundamentación científica que la escueta respuesta de NO, expresada por el CMF a fs. 637 vta. En estos términos, y analizando en función de los agravios las constancias de autos, entiendo que en lo que resulta relevante, se ha acreditado la cronología de los hechos denunciada por la actora en su demanda, sin que la demandada haya demostrado las cuestiones fácticas que esgrimió en su defensa. Es decir, se ha demostrado suficientemente la relación adecuada de causalidad entre la infección y la práctica quirúrgica, sin que se haya logrado acreditar que alguna causa ajena haya provocado la fractura de ese nexo causal. Incluso ni siquiera se ha acreditado que la demandada haya actuado con la debida diligencia que las circunstancias imponían (art. 512 y 902 del CC de Vélez aplicado al caso). Asimismo, considero que el a quo ha valorado extensamente el informe del consultor médico de la demandada, confrontando los argumentos de los distintos informes brindados en autos y extrayendo conclusiones de la prueba de conformidad con las reglas de la sana crítica (art. 386 del CPCC). Los elementos arrimados a la causa autorizan a concluir, al menos con suficiente grado de certeza, que la actora adquirió la infección en la clínica de la demandada; y para suponer una causa ajena hubiera sido necesario contar con pruebas más categóricas que meras suposiciones, además de tener, en este caso, indicios importantes de las deficiencias del quirófano en cuestiones de higiene y asepsia. Por ello, y atendiendo a lo que sucede normalmente, según las reglas de la experiencia, es razonable inferir que dada la exposición de la actora en el quirófano cuya habilitación estaba vencida, la presencia de dolores y edema, la artritis séptica postquirúrgica y la zona afectada, es razonable determinar la responsabilidad de la demandada. Debo destacar asimismo que, en la valoración probatoria el sentenciante recurre a la doctrina de la carga probatoria dinámica o del principio de solidaridad y colaboración, circunstancia no puesta en crisis en esta instancia. En este sentido, y con respecto puntualmente a la casuística del presente caso, la jurisprudencia ha expresado y comparto que: "...Aún quienes sostienen que se trata de una obligación de medios, en su mayoría, son partidarios de una carga probatoria exigente, pero justa; el centro hospitalario se eximirá en la medida que logre acreditar que la infección contraída por el paciente no se debió a la falta de asepsia, respecto de la cual adoptó todas las medidas necesarias para su

preservación, dando cumplimiento acabado con la normativa vigente en la materia; la prueba debe ser sólida y contundente, no dejando lugar a dudas que cumplió con la *lex artis*, para lo cual deberá documentar todas las actividades que en tal sentido realice...? (Triunfo Cooperativa de Seguro Limitada y Sociedad de Beneficencia y Mutualidad Hospital Español de Mendoza s. Inconstitucionalidad en: Vila, Pablo Julio vs. Hospital Español de Mendoza s. Daños y perjuicios /// Suprema Corte de Justicia, Mendoza; 27-dic-2007; Rubinzal Online; RC J 1770/08). Asimismo, se sostiene que: "...Corresponde confirmar el decisorio apelado en cuanto tuvo por configurada la responsabilidad del nosocomio emplazado y, consecuentemente, de la obra social por los daños y perjuicios derivados de la infección intrahospitalaria que sufriera la actora provocada por la bacteria *psedomona aeruginosa*, toda vez que, conforme al dictamen médico obrante en la causa, pudiendo haber sido contraída dicha bacteria en el ámbito hospitalario, ninguna prueba se aportó en autos que acredite lo contrario, lo que era carga de los accionados por responder objetivamente cuando este tipo de infecciones se producen...?". (Soria, María I. vs. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s. Daños y perjuicios /// Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala A; 05-set-2011; Rubinzal Online; RC J 13141/11). Por estas razones, he de rechazar los agravios analizados, confirmando la decisión en cuanto determina que ha quedado demostrado que la actora sufrió como consecuencia de la intervención artroscópica una infección intrahospitalaria que se manifestó como artritis séptica que le produjo una incapacidad parcial, permanente y definitiva del 39,20%, porcentaje que llega firme por no haber sido cuestionado por las partes. b) Cuarto agravio: El presente agravio igualmente habrá de rechazarse en tanto si bien la demandada cumplió con requerir a la actora su consentimiento informado (arts. 5 y sig. ley 26.529), de ninguna manera ello la eximía de adoptar las medidas que requería una debida diligencia a fin de resguardar a la misma de contraer gérmenes intrahospitalarios por falta de higiene y esterilización adecuada del quirófano. Es decir, no resiste el más mínimo análisis que se pretenda hacer consentir por un paciente la probabilidad de contraer una infección intrahospitalaria por falta de higiene; lo cual tampoco resulta que así se le haya expuesto a la actora en el formulario que firmó. Es decir, no se le informó, por ejemplo, que el quirófano tenía su habilitación vencida y que por falta de higiene podía llegar a contraer una infección intrahospitalaria. Por supuesto que además, el consentimiento informado no exime a la clínica, ni al profesional, de obrar con la debida diligencia. En este sentido, se ha expresado que: "...El consentimiento informado es una declaración de voluntad efectuada por un paciente mediante la cual, luego de brindársele una suficiente información referida al procedimiento o intervención quirúrgica que se le propone como médicamente aconsejable, éste decide prestar su conformidad y someterse a tal procedimiento o intervención. Se entiende que, ya que es el paciente quien debe sufrir las consecuencias de un tratamiento determinado, un principio de esclarecimiento es fundamental y, en consecuencia se requiere que el paciente pueda conocer cuáles son los riesgos que encierra el tratamiento propuesto, cuáles son las alternativas posibles y cuántas y cuáles son las probabilidades relativas de éxito (conf. CNCiv., Sala F, 5.2.98, JA-1999-II-619). De tal modo, si bien normalmente la responsabilidad de un profesional del arte de curar por los daños sufridos por un paciente durante el curso de tratamientos por él administrados se basa en el fracaso del profesional en el ejercicio del grado de habilidad y cuidado requeridos (no en el hecho de que no se alcance la cura), ¿bajo la doctrina del consentimiento informado se puede llegar a cuestionar a aquél en circunstancias en las cuales se halle libre de negligencia en el tratamiento del paciente, mas habiendo actuado sin el consentimiento del enfermo, o más allá del consentimiento dado, o cuando actuara no habiendo informado al paciente acerca de los riesgos de un tratamiento en particular, de tal manera que pudiera decidir si quería someterse a él? (conf. HIGHTON, E.-WIERZBA, S., ¿La relación médico paciente: el consentimiento informado?, 2ª ed., p.3). En otros términos, el consentimiento informado no libera al profesional de las consecuencias de una conducta negligente o imprudente, pero sí lo exime de responsabilidad por la ocurrencia de un riesgo informado al enfermo y que ocurriera pese a la buena práctica, ya que en este caso habría sido el paciente -y no el profesional- quien decidió afrontarlo (conf. Sala I de esta Excma. Cámara, doctrina de la causa 4706/93 del 28.12.93, verdadero leading case en la materia; también, ver profusas citas de doctrina y jurisprudencia en la obra conjunta citada de HIGHTON, E. y WIERZBA, S.)...". [Ruffa, Laura Alejandra vs. Hospital Aeronáutico y otro s. Responsabilidad médica /// Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal Sala II; 01-feb-2005; Secretaría de Jurisprudencia de la CNCiv. Com. Fed.; RC J 7971/10, rubinzal online; la negrita me pertenece]. c) Primer, segundo y tercer agravio de la actora y quinto agravio de la demandada: Sentado lo anterior, he de tratar seguidamente las quejas de ambas partes que refieren a la cuantía de la indemnización por daño patrimonial y daño extrapatrimonial. Entiendo que lo decisivo para resolver un reclamo de resarcimiento integral como el de autos es que ningún perjuicio resarcible y reclamado, en el caso concreto y cuya relevancia pueda justificarse argumentalmente, quede fuera de la reparación que se disponga, ni, por el contrario, que se contemplen los mismos daños con una doble indemnización; ello sin perjuicio de la taxonomía que se adopte para su examen. 1.- Daño patrimonial: Considero que la decisión al cuantificar este rubro ha de tener en cuenta no sólo la incapacidad sobreviniente, como merma en la capacidad productiva, sino también todas las limitaciones que resultan atinentes a la esfera de la personalidad, a la vida familiar, social, recreativa o cultural, con incidencia en lo patrimonial. En el precedente ¿Liseri? de la ex CTF de Cutral

Co (disuelta por el art. 47 de la ley 2981), se sostuvo que: 'La indemnización otorgada por el daño físico... (es) la merma genérica en la capacidad futura de aquella, que se proyecta en todas las esferas de su personalidad y constituye por lo tanto un quebranto patrimonial indirecto.' (LISERI, FLORIANA C/ EMPRESA EL PETROLEO S.A. Y OTRO S/ SUMARIO Y BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS?, Expte. Nro.: 054, Folio: 09, Año: 2.006, sentencia del 6 de marzo de 2007). La cuestión de la cuantificación del daño, si bien se sujeta a la discrecionalidad judicial, ésta no debe ser arbitraria, es decir, que debe tener una debida fundamentación que contenga pautas concretas con una base objetiva y variables subjetivas como las circunstancias personales de la víctima que permitan determinar el monto adecuado de la reparación. Entre esas pautas objetivas han de tenerse en cuenta las tareas que realizaba la actora, la imposibilidad de realizar sus tareas habituales en el futuro y las limitaciones en su funcionalidad para la realización de otro tipo de tareas. Teniendo en consideración todas estas variables, sin perjuicio de no explicitarse el razonamiento en rigurosas fórmulas matemáticas los datos referentes al salario de la víctima, edad, porcentaje de incapacidad y tiempo para la jubilación, son datos objetivos, agregándose otras variables subjetivas, sin sujetarse a rígidas fórmulas matemáticas.

En este sentido, la ex CTF de Cutral Co (disuelta por el art. 47 de la ley 2981), ha expresado que: 'La 'flexibilidad' consistente en la orfandad de toda pauta reguladora y en la lisa y llana remisión de la cuestión al libre arbitrio judicial, es reprochable y temible. Pero no se puede ir tampoco a una absoluta 'rigidez' matemática, porque el problema es humano, y como tal tiene matices y circunstancias que sólo puede suministrar el caso particular. Por consiguiente, la verdad está en el justo medio...?' (Aravena c/ Municipalidad de Cutral Co s/ daños y perjuicios?, Exp. N° 051/06, con cita de Zavala de González, Matilde, Resarcimiento de daños. Daños a las personas, 2ª, pág. 504). También se ha sostenido que: '...la incapacidad sobreviniente incluye cualquier disminución física o psíquica, que afecte tanto la capacidad productiva del individuo como aquella que se traduzca en un menoscabo de cualquier tipo de actividad que desarrollaba con la debida amplitud y libertad (conf. Kemelmajer de Carlucci en Belluscio, 'Código Civil Comentado, Anotado y Concordado', T. 5, pág. 219 n° 13; CNCiv. esta Sala, causa 24.116 del 20 de octubre de 1986, 43.169 del 18 de abril de 1989 y 92.305 del 23 de julio de 1991 y mi voto en la c. 473.523 del 29-3-07)... a los fines de establecer la indemnización por incapacidad (comprensiva de la física y la psíquica o de una sola de ellas) debe apreciarse un cúmulo de circunstancias, entre las que si bien asume relevancia lo que la incapacidad impide presuntivamente percibir durante el lapso de vida útil de la víctima, también es preciso meritar la disminución de sus posibilidades, su edad, cultura, estado físico, es decir, todo aquello que se trasunta en la totalidad de la vida de relación (conf. votos del Dr. Dupuis en L. 34.743 del 10 de marzo de 1988; ídem, n° 44.825 del 3 de mayo de 1989; ídem, id., c. n° 61.742 del 27 de febrero de 1990; ídem, id. 107.300 del 23 de abril de 1992, entre varios otros), aunque sin atenerse a pautas matemáticas...'. (CN en lo Civil, sala E, 'De Rosa, Yolanda Ana María Demetria c/ Empresa de Transportes Los Andes S.A.C.I.', 31/10/2007, La Ley Online).

1.- En este marco teórico, y en primer lugar, me referiré al daño psicológico y al costo del tratamiento que la actora reclama en su escrito recursivo. Destaco que el actor en su demanda incluye el reclamo de daño psicológico en el punto que denomina 'Daño físico' (conf. fs. 68 específicamente), cuestionando en esta instancia que el a quo haya omitido su tratamiento. En estos términos, entiendo que dicho rubro ha sido reclamado como daño patrimonial en la medida en que, cualquier disminución de la capacidad psíquica de la actora igualmente pueda afectar su capacidad productiva. Cabe señalar que de la pericia psicológica rendida (fs. 423/429), en este aspecto, si bien surge que la pérdida de la capacidad psíquica de la actora podría hallarse aproximadamente entre el 15% y el 18%, sin embargo, no se expide con respecto a si esa incapacidad es permanente o transitoria (conf. fs. 428). A su vez, el dictamen no ha sido impugnado ni observado por las partes. Consecuentemente, considero que no puede atenderse a la incapacidad determinada en cuanto a la disminución de la capacidad productiva, ya que no se ha acreditado que ésta sea irreversible y no se puede descartar su transitoriedad. Con respecto al costo del tratamiento psicológico, de cuya omisión igualmente se queja el recurrente, el concepto no ha sido petitionado al iniciar la demanda, por lo que no correspondía su tratamiento. Tengo en cuenta además que las consideraciones de la perito psicóloga han sido debidamente tenidas en cuenta por el sentenciante al cuantificar el daño extrapatrimonial.

2.- Sentado lo anterior, continuaré con las críticas en orden a la cuantificación del daño patrimonial. Considero que la crítica de la demandada no merece ser atendida teniendo en cuenta que la reparación en materia de responsabilidad civil no es el resultado de estrictas fórmulas matemáticas, ni tampoco de la pura subjetividad del juzgador. En el caso, el sentenciante se ha ajustado a pautas o parámetros objetivos, como la edad de la víctima al momento del hecho, el límite de su edad productiva, su porcentaje de incapacidad y sus ingresos al momento del hecho, incluso su condición socioeconómica conforme surge de autos, todas condiciones suficientemente indicativas de una razonable ponderación en el monto que se declara procedente, y que, incluso, puede ser adecuadamente controlado por las partes y por esta Alzada. Debo agregar también que, si bien la demandada cuestiona la cuantificación al afirmar que no se indica cómo se llega a esa suma, sin embargo, no cuestiona puntualmente ninguno de los parámetros fijados por el sentenciante, los cuales llegan firmes para esa parte. Conforme lo considerado, tampoco es correcto, como afirma la demandada, que sólo se haya recurrido al prudente arbitrio. Con respecto a la queja de la actora, y en el marco

teórico descripto precedentemente, entiendo que le asiste razón en tanto uno de los parámetros tomados en cuenta por el sentenciante, esto es la edad jubilatoria de la actora en 52 años, no se compadece con la determinación de una reparación integral por este concepto. Puede ser que, conforme la profesión de la accionante (docente o preceptora), la misma pueda obtener la jubilación a la edad de 52 años, sin perjuicio de lo cual, considero que aun se encuentra todavía en una edad con capacidad productiva, sea que fuere para realizar cualquier otro tipo de actividad con incidencia patrimonial, y, en consecuencia, su capacidad también se encuentra disminuida en el porcentaje determinado. Es decir, concretamente, entre las circunstancias que deben ponderarse para fijar esta indemnización tiene relevancia lo que la incapacidad presuntivamente impide percibir durante el lapso de vida útil de la víctima. En estos términos, entiendo que este dato objetivo debe elevarse a los fines de tomarlo como parámetro, y si bien puedo advertir que en su demanda el actor propuso como límite de edad productiva la edad de 75 años, en su escrito recursivo propone (y realiza los cálculos), con una edad tope de 60 años, por lo que he de tomar este último guarismo. Realizando la suscripta los respectivos cálculos y de conformidad con lo establecido por el art. 165 del CPCC, estimo adecuado elevar el monto por daño patrimonial a la suma de \$ 146.000,00. Por estas razones, entiendo que corresponde hacer lugar a la queja del actor, y disponer que el presente rubro ha de prosperar por la suma de PESOS CIENTO CUARENTA Y SEIS MIL (\$ 146.000,00.-).

2.- Daño extrapatrimonial o moral: El daño moral es la dimensión no económica del perjuicio padecido por la víctima, comprende el dolor sufrido por el daño, las molestias y las intranquilidades espirituales y afectivas que el perjuicio proyecta hacia el resto de la vida del afectado. Es toda la pérdida no patrimonial, puramente humana, afectiva, valorativa y, por tanto, difícil de mensurar cuantitativamente. El daño moral es un rubro distinto del material o patrimonial y no tiene directa relación numérica con éste, por lo tanto no resulta procedente estimarlo en un porcentaje del daño patrimonial. Debe indemnizarse como daño moral toda lesión a los sentimientos, afecciones y expectativas legítimas de una persona, ya sea por los padecimientos físicos como por las perturbaciones que de una manera u otra, menoscaban la tranquilidad y el ritmo normal de la vida. Con respecto a los agravios de la demandada, cabe destacar que la decisión se encuentra debidamente fundamentada en la demostración de los daños sufridos por la víctima, recurriendo a tales fines también a los argumentos brindados por la pericia psicológica rendida en autos, que no fuera impugnada por ninguna de las partes. Asimismo, se consignan todas las demás pautas que se tienen en cuenta, y que han sido acreditadas en autos: el sufrimiento, el dolor padecidos a causa del hecho, las mortificaciones inherentes a las secuelas físicas, de todo lo cual no se hace cargo el apelante en su escrito, limitándose a afirmar que no se encuentra acreditada la afectación anímica de la actora. Por los mismos motivos, es decir por encontrar debidamente fundada la sentencia en crisis y cuya valoración probatoria comparto, no encuentro motivo tampoco para elevar el monto determinado por el a quo como pretende la actora. Por estas razones las quejas de ambas partes en este aspecto han de ser rechazadas.

d) Sexto agravio: 1.- Con respecto al capital correspondiente al daño patrimonial, el a quo establece que los mismos devenguen intereses moratorios desde la fecha del hecho (7/12/2004) y a la tasa activa. Con respecto a la fecha desde la cual se deben computar dichos intereses, considero que no le asiste razón al quejoso. En este aspecto, y sin perjuicio de considerar el incumplimiento contractual como la fuente de la responsabilidad civil en este caso, la jurisprudencia en general, y comparto, sostiene que cuando se produce un incumplimiento contractual que desde el mismo momento produce los daños a la víctima y que se trata de una obligación incumplida definitivamente, no es necesaria la previa intimación, siendo entonces que los intereses comienzan su curso desde el momento del hecho. Asimismo, tengo en consideración que los importes de condena han sido calculados a valores de la fecha del evento dañoso, al menos el daño patrimonial. En orden a esta cuestión ya me he expedido en el mismo sentido en algunos precedentes de esta Cámara de Apelaciones: ?...En este punto también habré de hacer lugar al agravio, considerando que los importes de condena han sido expresados a valores de la fecha del evento dañoso, y por lo tanto los intereses deben calcularse desde dicha fecha y hasta el efectivo pago, y ello aún en el caso de considerar que se trata de un supuesto de responsabilidad contractual....? ?...la obligación de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados por el cumplimiento deficiente de la prestación quirúrgica, nace en la fecha en que se la realizó, pues las consecuencias dañosas sufridas por la actora se produjeron en forma coetánea y carece de objeto requerir al médico, para constituirlo en mora, el cumplimiento de una obligación que ya no es factible...? ?... si la mora se produce desde 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 una hipótesis de responsabilidad contractual, tratándose de una obligación incumplida en forma definitiva, no es necesaria la previa intimación para constituir en mora...? ?... si bien se está en presencia de un supuesto contractual, por lo que de acuerdo con la doctrina que emana de los arts. 508 y 509 del Cód. Civil su cálculo debería efectuarse a partir de la constitución en mora, este principio cede cuando el cumplimiento de la obligación ya no resulta posible...? (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala D, ?Samana, Matías Ezequiel y otro c/ Sindicato de Choferes de Camiones Obreros y Empleados y otros s/ daños y perjuicios - resp. Prof. Médicos y aux., 17/4/2015, con cita de precedentes de otras Salas del mismo Cuerpo, la ley online)....? (?BARRERA, JOSE ERNESTO C/ ESTADO PROVINCIAL DEL NEUQUEN Y OTRAS/ DANOS Y PERJUICIOS?,

Expte. Nro.: 11732, Año: 2007, Cámara Provincial de Apelaciones con competencia en las I a V Circunscripciones Judiciales, Sala I, sentencia del 11 de febrero de 2016, OAPyG Zapala). He de agregar algunas otras decisiones judiciales que abonan la misma postura, y que comparto: ?...El desenlace pudo haberse producido mucho tiempo después, pero es evidente que sus consecuencias se produjeron inmediatamente y se hicieron evidentes incluso en el curso del mismo año de la operación?. ?Por ser ello así debe aplicarse lo sostenido por la Sala en anteriores precedentes en cuanto al tratarse de una obligación incumplida en forma definitiva, no era necesaria la previa intimación y los réditos deben comenzar su curso desde el momento mismo del hecho (conf. c. 305.369 del 25/10/00; ídem, íd. c. n° 339.906 del 13/6/02; ídem, íd. c. n°130.166 del 19/9/2003; Sala ?H?, en c. 304.453 del 3/4/01, voto del Dr. Dr. Kiper; CNCom., sala ?C?, 25/11/98 in re ?Jara, José v. Sanatorio Güemes SA s/sum.?.; ídem, íd. 23/4/99 in re ?Helguero, Hugo c/ Sanatorio Güemes s/sum.?.; ídem, íd., sala ?E?, del 29/9/99, ?Pourpour de Navarette c. O.S.D.I.C. s/ sum.?.; ídem, íd. Sala ?B?, 14/12/2004, in re ?Maillot González, Iris v. Obra Social de la Industria del Plástico s/ sumario?.; CNCiv. y Com. Fed, sala 2°, causa n° 7.496, etc.).? ?El incumplimiento se produjo a raíz de no haberse tomado las medidas del buen arte de curar y es desde ese momento -como señaló el Dr. Dupuis en su fundado voto en la c. 552.566 del 11-8-10- que corresponde el cómputo de los intereses como se ha efectuado correctamente en la sentencia de primera instancia....? (S., L. A. vs. M., M. G. y otro s. Daños y perjuicios, Fecha: 10/03/2017, Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala E, Rubinzal Online, Número de causa: 102517/2013, Cita: RC J 2848/17). En el mismo sentido: ?...La prestación médica deficiente llevada a cabo por delegación de la obra social en el marco de una obligación legal (art. 2 de la ley 23.660) es equiparable al incumplimiento absoluto y definitivo de la obligación de medios descripta. Por lo tanto, no es razonable interpretar que los intereses deben correr desde una interpelación innecesaria o desde la sentencia definitiva en la medida en que el incumplimiento definitivo es imputable al deudor de la obligación. Por lo demás, la solución de fijar el inicio de los accesorios el día en que se experimentó el daño -11-01-01- concuerda con la que rige para los hechos ilícitos....? (Coria, Ramona Patricia y otro vs. OSECAC y otros s. Responsabilidad médica /// Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal Sala III; 31-ago-2006; Secretaría de Jurisprudencia de la CNCiv. Com. Fed.; RC J 22714/09, rubinzal online). Por estas razones he de rechazar este cuestionamiento. 2.- En orden al segundo aspecto de su crítica, por el contrario, he de admitir la misma con fundamento en los precedentes del TSJ local que cita el recurrente. En función de ello, el capital de condena por el daño patrimonial, devengará un interés a la tasa promedio entre la activa y pasiva del BPN desde la fecha del hecho lesivo (7/12/2004) y hasta el día 31/12/2007 y a partir de allí, devengará la TA de la misma entidad bancaria. En este sentido ya me he expedido en precedentes de la ex CTF de Cutral Co: ?...En cuanto a la tasa aplicable estimo adecuada aplicar la tasa promedio del BPN desde el 28/08/07 y hasta el 31 de diciembre de 2007. A partir del mes de enero de 2008, la tasa activa, ello de conformidad con lo establecido in re: ?Baidanoff? (CTF CCó, RSD Ac. n° 41/08) y ?Villa? (CTF CCó, RSD Ac. n° 7/09), hasta la cancelación del crédito (arts. 513 y 622 del C.C.)...?.(LÓPEZ, JORGE ABEL C/ TRANSPORTE PEDUZZI S.R.L. S/ ACCIDENTE ACCIÓN CIVIL?, Expte. Nro. 718, Folio 117, Año 2.012, sentencia del 30 de noviembre de 2012. En esta medida el agravio debe ser admitido. e) Séptimo agravio: La queja en orden a la exclusión de cobertura tampoco puede ser acogida. Conforme resulta de la valoración efectuada por el a quo, de la pericia contable realizada resulta, sucintamente, que la póliza de seguros contratada con la compañía de seguros citada en garantía se encontraba vigente a la fecha del hecho, estando igualmente cancelados los pagos a esa fecha, es decir que el evento dañoso se encontraba asegurado. Sin embargo, la perito informa también que en la cláusula quinta de la póliza contratada (fs. 179 vta.), la cobertura tiene base ?claims made?, es decir que el contrato cubre al asegurado con algunas excepciones, entre las que cita la defensa opuesta por la aseguradora. La cláusula citada expresamente excluye la cobertura cuando las notificaciones del asegurado o los reclamos o demandas de terceros lleguen a conocimiento del asegurado fuera del límite temporal de vigencia o del plazo opcional pactado, aunque se deriven de actos médicos practicados durante el periodo de vigencia. Continúa la sentencia, y el informe, expresando que de conformidad con la cláusula 13 de la póliza, existía la posibilidad de ampliar el periodo para efectuar las denuncias, dando la posibilidad al asegurado de extender, hasta por 10 años dicho periodo, justamente para las denuncias o reclamos que se formularan con posterioridad al periodo de vigencia. Cabe agregar también que, conforme resulta de la pericia contable, se constata que la demandada no optó por ninguna de las posibilidades que le ofrecían las cláusulas 12 y 13 para extender la cobertura, esto es: Renovación del contrato o endoso para la extensión del periodo de denuncias (fs. 517 vta.), y que además, se informó que el asegurado tenía derecho a exigir este endoso de extensión de cobertura (cláusula 13, conf. informe fs. 519/519 vta.). De todas estas circunstancias que surgen de la sentencia y de la prueba rendida no se hace cargo el recurrente, limitándose a afirmar que el juez no le puede exigir que notifique un hecho del que tuvo conocimiento mucho tiempo después. En este orden de ideas, cabe destacar que no es el juez quien le exige estas condiciones, sino que son las condiciones que la demandada pactara contractualmente, no habiendo hecho uso de las opciones que tenía, también contractuales, para extender la cobertura. Destaco especialmente también que la pericia contable no ha merecido ningún tipo de observación ni impugnación de las partes. Asimismo, no ha planteado la recurrente que tal cláusula

resulte abusiva o contraria a la buena fe negocial. En este sentido: ?...Pactada una cláusula de exclusión de cobertura, ello significa que respecto del riesgo que se excluye del contrato no existe seguro, lo cual lleva inevitablemente a sostener que no hay en la especie ni asegurador ni asegurado....? (CC0203 LP 113081 RSD-84-11 S 06/09/2011 Juez MENDIVIL (SD), Carátula: J., A. A. c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires y otros s/Daños y Perjuicios, Magistrados Votantes: Mendivil-Billordo, JUBA online). Por estas razones el agravio ha de rechazarse. En la forma en que propongo se resuelva, no resulta procedente el tratamiento de la cuestión de la imposición en costas que introduce el apelante.

2.- Agravios de la actora: a) Cuarto agravio: Finalmente, he de ingresar al análisis del cuarto agravio de la actora respecto del rubro pérdida de chance que el a quo rechazara. La reparación que se reclama en concepto de pérdida de chance, integra la reparación por daños materiales o patrimoniales. La resarcibilidad exige que el daño sea cierto aunque aún no se haya producido, pero que sea probable que suceda. En este sentido la doctrina afirma: ?...lo indudable es que, para que exista un daño futuro indemnizable, basta con que su posibilidad de realización aparezca revestida de ciertas condiciones de certeza o verosimilitud; que medie una razonable probabilidad objetiva de que se pueda llegar a producir, según el curso ordinario de los acontecimientos y circunstancias particulares del caso en cuestión...? (Trigo Represas, Félix Alberto; Pérdida de chance, pág. 21 con cita de Zannoni). Siguiendo al autor citado puede decirse que se acepta que la pérdida de chance constituye la privación de una utilidad o de un beneficio patrimonial que muy verosímelmente se habría logrado de no haber acaecido el hecho dañoso (op. cit., pág. 26). Para su procedencia, debe acreditarse un perjuicio con un concreto grado de probabilidad de llegar a acaecer, no debe tratarse de un perjuicio hipotético o conjetural, sino de la efectiva frustración de algo esperado que en forma cierta alcance ese grado de probabilidad (op. cit.; pág. 26, con cita de jurisprudencia de la CSJN, autos ?Empresa Ferrocarriles Argentinos c/ Galvez?, 17/9/96, LL, 1997, B-431). Se trata pues de la probabilidad suficiente de obtener una ganancia o un beneficio futuro como legítima expectativa patrimonial del reclamante, aunque la probabilidad de obtener este beneficio sea en sí algo azaroso. Lo frustrado es justamente esa expectativa, es decir la chance u oportunidad, y no el beneficio que se esperaba lograr. Lo cierto y actual finca en la pérdida de la oportunidad y que esta pérdida es definitiva, y la incertidumbre consiste en si realmente se habría obtenido ese beneficio o no (conf. op. cit.; págs. 28/29). En este sentido se sostiene que: ?...Cuando se trata de cuantificar una indemnización por pérdida de chance, lo primero que hay que tener en cuenta es...: que lo resarcible es la chance mismo y no el total de la ganancia u oportunidad perdida. En la chance lo que realmente se perdió es una oportunidad, y la forma de lograr un adecuado resarcimiento de esa pérdida de la ocasión es mediante la apreciación en dinero de la ?probabilidad? de que tal oportunidad se hubiera efectivamente concretado...? (Trigo Represas, Félix Alberto; Pérdida de Chance, págs. 275/276). Concretamente la actora por este concepto solicitó se indemnice la oportunidad perdida de acceder a cargos jerárquicos en la docencia, puntualmente el cargo de Directora de Jardines de Infantes, siendo que la misma, al momento del hecho, se desempeñaba como docente de educación inicial suplente, luego titulariza, pero finalmente pasa a revistar como preceptora de educación inicial a raíz de su minusvalía. En estos términos, considero, al igual que el sentenciante, que la actora no ha demostrado que haya estado en situación, tanto fáctica como jurídica, que revelara que en algún momento tuvo la oportunidad cierta de acceder al cargo de Directora de Jardines de Infantes o siquiera algún otro jerárquico. Todo ello sin perjuicio de la resolución y circular que cita el quejoso en su escrito. No resultan esas circunstancias ni de la prueba testimonial ni de la informativa, advirtiéndose que tampoco se ofreció por el actor prueba informativa al CPE a fin de acreditar puntualmente estos extremos. Por lo expuesto corresponde su rechazo.

X.- Por los argumentos desarrollados precedentemente, doctrina y jurisprudencia allí citada entiendo que corresponde: a) Declarar desierto el recurso interpuesto por la demandada y concedido con efecto diferido; b) Hacer lugar parcialmente a los recursos interpuestos por la parte actora y por la parte demandada; c) Consecuentemente revocar la sentencia apelada disponiendo que la demanda prospera por la suma total de PESOS CIENTO NOVENTA Y SEIS MIL (\$ 196.000,00.-), la que deberá ser abonada en el plazo y bajo el apercibimiento fijado en la sentencia en crisis, por no haber sido motivo de cuestionamiento, debiendo adicionarse al capital por daño patrimonial (\$ 146.000,00) intereses moratorios calculados desde la fecha del hecho lesivo (7/12/04) y hasta el 31/12/2007 a la tasa promedio entre la TA y la TP que aplica el BPN y a partir de dicha fecha y hasta el efectivo pago, a la TA que aplica el mismo banco; d) Atento la forma en que propongo se resuelvan los recursos interpuestos, las costas de esta instancia he de imponerlas por su orden (art. 68 segundo párrafo del CPCC), difiriendo la regulación de honorarios para la instancia procesal oportuna (arts. 15 y 20 LA, mod. por ley 2933). Mi voto. A su turno, el Dr. Dardo W. Troncoso, dijo: En opinión de Miguel Piedecasas (?La pérdida de chance en la CSJN?, Revista de Derecho de Daños, 2010-1, ?Juicio de daños?, Rubinzal Culzoni, p. 178 y ss.) en el supuesto de reclamar judicialmente una indemnización por pérdida de chance, se debe probar: «Si de acuerdo a las circunstancias del caso lo afirmado tiene aptitud para generar el hecho o el bien. Si este hecho puede suceder o existir. Si es verosímil que pueda suceder o existir, o sea que resulta creíble que así sea, por no ofrecer aspecto alguno de falsedad. Si es razonable esta ocurrencia. Que se frustró por un factor atribuible al responsable. Que sea cuantificable económicamente. Y que la contraparte no demuestre que igualmente no hubiere sucedido o existido». Ello es así

porque la pérdida de la chance es susceptible de una reparación autónoma, en la medida que no representa el daño actual indemnizado en el rubro incapacidad sobreviniente, sino las expectativas de progreso laboral, lo que redundaría en la frustración definitiva de mejoras en el ámbito económico y social. Así, el objeto de la pérdida radica en la oportunidad misma de obtener ganancias o beneficios materiales, como vertientes posibles de un daño de naturaleza económica; hay aquí un juicio de probabilidad, en el cual las ventajas se miran de modo mediato, porque no se analiza la mutilación de ellas, sino la de la ocasión de lograrlas. La valoración de la chance se hace por sí misma, lo que conduce a que nunca pueda identificarse con el eventual beneficio frustrado, ya que no puede olvidarse de que lo frustrado es propiamente la chance, la cual por su propia naturaleza es siempre problemática en su realización (conf. Orgaz, A., El daño resarcible, pág. 99; Llambías, J., Tratado de Obligaciones, tomo I, pág. 293). Dicho en otras palabras, si lo que se indemniza es la pérdida de una chance, en cuanto daño actual resarcible, su valoración se hace en sí misma y no en relación al eventual beneficio frustrado y su quantum variará según que la probabilidad haya sido más o menos grande (conf. Mayo, J., ¿La pérdida de la chance como daño resarcible?, LL 1989 B 102; Sala III, causa 4610/01 del 1/06/06). Es que la pérdida de chance no se supone. Así, se ha rechazado su procedencia cuando no existen constancias que permitan determinar la existencia de un perjuicio con un concreto grado de probabilidad de convertirse en cierto, según lo exigido por la jurisprudencia de este tribunal? (Conf. CSJN, 15-7-97, L. L. 1997-F-15). Hago estas consideraciones a modo de complemento, pues concuerdo con la valoración que hicieron los magistrados que han opinado en este juicio, coincidiendo en que no se ha acreditado por parte de la actora que hubiera estado en situación -con algún grado de certeza o probabilidad- de ascender en el magisterio y que, además la frustración de esa posibilidad haya tenido algún nexo de causalidad con el evento daños que la motivo a promover este pleito. Voto entonces adhiriendo a la solución que mi colega de sala propone para este proceso. Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad con la doctrina y jurisprudencia citadas, y la legislación aplicable, esta Sala 2 de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, RESUELVE:

I.- Hacer lugar parcialmente a los recursos de apelación interpuestos por la parte actora y la parte demandada contra la sentencia definitiva de primera instancia, elevando el importe por el que prospera la demanda a la suma final de PESOS CIENTO NOVENTA Y SEIS MIL (\$196.000,00.-), la que deberá ser abonada en el plazo y bajo el apercibimiento fijado en la sentencia en crisis, debiendo adicionarse al capital por daño patrimonial (\$ 146.000,00) intereses moratorios calculados desde la fecha del hecho lesivo (7/12/04) y hasta el 31/12/2007 a la tasa promedio entre la T.A. y la T.P. que aplica el BPN y, a partir de dicha fecha y hasta el efectivo pago, a la T.A. que aplica la misma entidad bancaria. II.- Declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la resolución de fs. 610/vta. (cfr. art. 260, inciso 1, del C.P.C. y C.). III.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado (cfr. art. 68, segundo párrafo, del C.P.C. y C.), conforme lo considerado, difiriéndose la regulación de honorarios hasta tanto se cuente con pautas para ello. IV.- Protocolícese digitalmente, notifíquese y, oportunamente, remítanse al Juzgado de origen. Dra. Alejandra Barroso - Dr. Dardo W. Troncoso Dra. Mariel Lázaro - Secretaria de Cámara

031167E