

Danos Y Perjuicios Mala Praxis Medica Culpa Del Cirujano Omision De Extraer Un Tumor

JURISPRUDENCIA

Daños y perjuicios. Mala praxis médica. Culpa del cirujano. Omisión

de extraer un tumor Se confirma el fallo que hizo lugar a la demanda de mala praxis médica, pues dada la subsistencia del tumor que debió sacarse en una segunda operación, se acredita la omisión y la consecuente incursión de la culpa prevista en los artículos 512 y 902 del Código Civil por parte del cirujano interviniente. En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los 17 días del mes de abril de 2019, hallándose reunidos los Señores Vocales integrantes de la Sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, a fin de conocer en los recursos interpuestos contra la sentencia dictada en los autos caratulados ?M. M. S. c/ SCHETTINO CARLOS DAVID Y OTROS s/ DAÑOS Y PERJUICIOS?, habiendo acordado seguir en la deliberación y voto el orden del sorteo de estudio, el Dr. Osvaldo Onofre Álvarez dijo: I.- Vienen los autos a este Tribunal con motivo de los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia de primera instancia dictada a fs. 884/ 907, habiendo expresado agravios el codemandado Hühn a fs. 923/ 955, el Estado Nacional a fs. 961/ 963, la citada en garantía a fs. 964/ 969 y Carlos David Schettino a fs. 970/ 995. Los que fueron respondidos por la actora a fs. 1001/ 1002 y por Branko Hühn a fs. 1004/ 1009, respectivamente. II.- Antecedentes: La accionante relata en su demanda que concurrió al Hospital Aeronáutico para un control rutinario en el servicio de Ginecología y que, luego de ser examinada y realizarse un papanicolau, colposcopia y examen mamario, se decidió llevar adelante una mamografía. Que el estudio arrojó imagen sospechosa, ordenándose una magnificación que se llevó a cabo el 10/ 11/ 2000, indicando figura redondeada de 1 cm. por 1 cm., contornos netos, bordes regulares, homogéneo. Advierte que tales placas no se encuentran en su poder porque le fueron retenidas y no se las han devuelto tras la cirugía. Señala que, resultando la imagen compatible con diagnóstico de cáncer, se decidió realizar una biopsia radio-quirúrgica para extraer el nódulo y obtener un estudio histológico de la pieza extirpada. Dicha práctica requería una marcación prequirúrgica a fin de localizar el tumor, introducir una aguja en la zona exacta donde se hallaba la masa sospechada y dejar una marca de carbón activado que sirva de guía al cirujano. Detalla en su presentación inicial el estricto protocolo que debe llevarse adelante para realizar tal biopsia y que el éxito de la misma depende del trabajo en equipo del radiólogo, cirujano y patólogo. Entendió que se omitió el cumplimiento del paso 3 de dicha formalidad, ya que -según surge de la historia clínica- no se realizó radiografía ni análisis intraoperatorio de la pieza quirúrgica; tampoco se tomó ninguna medida como para certificar que en el tejido extraído se encontraba la lesión que debía extirparse. Relata que una vez internada en el Hospital Aeronáutico, fue trasladada al consultorio del Dr. Hühn para la marcación previa (paso 1); siendo operada el día 7/12/2000, extrayéndose la zona señalizada con margen de tejido sin marcación (paso 2) y luego se envió la muestra para su estudio (paso 4) y se analizó (paso 5). Indica que, del protocolo de anatomía patológica que corresponde a la intervención, surge que se remiten dos fragmentos ?uno constituido por tejido grado con marcación carbónica que mide 3x2x1 cm y el otro de 5x4x2, constituido por tejido blanco anacarado rodeado por adiposo que en área presenta pigmento carbónico?. En el estudio mamográfico de control postquirúrgico del 13/08/2001 se observó: huella quirúrgica en mama derecha; mamas fibroglandulares, asimétricas con el mismo nódulo ubicado en el cuadrante ínfero interno, sin microcalcificaciones, axilas radiológicamente libres. Fue así que, al regresar a la consulta con el Dr. Schettino -cirujano que había estado a cargo de la intervención-, le refirió a ella que la demarcación había sido errónea y que era necesario reoperar. Concluye la actora que, si bien se extrajo tejido que resultó ser patológico, no se extirpó la imagen dudosa que debía biopsiarse y que era la sospechada de malignidad. Que aunque aquellos fragmentos tenían marcación carbónica, quedó sin análisis la zona dudosa y, si se hubiere cumplido acabadamente el protocolo, corroborando en quirófano la remoción de la lesión, podría haberse logrado un resultado satisfactorio. Sostiene que la lesión requirió una cirugía posterior (24/05/2005), se extrajo el tejido en su totalidad y se corroboró su benignidad; lo cual se efectuó en el Hospital Francés, debido a que tenía falta de confianza en los profesionales intervinientes en la primera cirugía. El resultado fue mastopatía escleroquistica con focos de adenosis y fibroadenoma, recuperando recién entonces la tranquilidad. En su responde, Estado Nacional-Fuerza Aérea Argentina, efectuó una negativa de los hechos relatados por la actora. A su turno, el Dr. Schettino afirmó haber cumplido con todas las obligaciones a su cargo; brindando una atención adecuada en tiempo y forma, adoptando todas las medidas necesarias conforme un quehacer médico correcto y oportuno. Confirmó el profesional, tanto la consulta que realizara la Sra. M. al Servicio de Ginecología del Hospital Aeronáutico, como que en la mamografía efectuada en Noviembre de 2000, se detectó imagen nodular en cuadrante ínfero interno de la mama derecha, proponiéndose biopsia radioquirúrgica. Que previa marcación con carbono, con guía mamográfica realizada por el Dr. Branko Hühn, bajo anestesia general, se efectuó la exéresis del nódulo señalizado. Adujo que, extirpada la zona, fue remitida la muestra en

forma secuencial al Servicio de Radiología para efectuar placa mamográfica del tejido resecado y al Servicio de Anatomía Patológica para biopsia por congelación, en cuyo informe se describen dos fragmentos con marcación carbónica. Que aún en quirófano con la paciente dormida, recibieron dicha placa, constatando que se extrajo la imagen marcada y el informe de congelación; ahí se completó la cirugía con suturas y vendaje compresivo torácico. Manifestó que tanto las placas previas, como las correspondientes a la individualización y a la pieza quirúrgica, fueron entregadas a la paciente a su egreso del hospital. Resaltó que, sobre el Dr. Hühn, quien realizó la marcación en su consultorio, no tiene jefatura alguna, por ser aquel ajeno a la especialidad de ginecología, al nosocomio demandado y al acto quirúrgico mismo. Explicó que se solicita la caracterización a la obra social y ésta nomina al especialista en diagnóstico por imágenes, quien goza de autonomía científica y técnica respecto del cirujano. Que en las lesiones no palpables, el cirujano no puede visualizar la lesión a extirpar sino a través de la marca de carbono que inyecta el especialista; no habiendo duda en el caso que el fragmento mamario extraído era el anotado y que la mamografía de la pieza operatoria se realizó. Sostuvo que, frente a la imagen evidenciada en los controles postoperatorios, se indicó a la paciente nueva intervención, abandonando ésta el tratamiento, decidiendo consultar en otro centro asistencial. También señaló que, dado el tiempo transcurrido entre la primera mamografía y la postquirúrgica, podría haberse tratado de una nueva formación nodular, distinta de la que motivara la primera intervención. Reitera su correcto accionar y el seguimiento oportuno de la paciente, no existiendo de su parte falta médica alguna. En su contestación, Caja de Seguros S.A., tras la negativa efectuada, aseveró que Schettino nunca le comunicó a la actora que presentaba cáncer de mama, sino que le planteó el fibroedema como diagnóstico principal y carcinoma mamario como diferencial; y que debía efectuarse la extracción para un diagnóstico definitivo, si bien tenía características de baja malignidad. Que propuesta por el galeno la marcación de la lesión, ello fue llevado a cabo por el Dr. Hühn con carbono, bajo guía mamográfica. Tras ello, fue realizada la exéresis del nódulo por los Dres. Schettino y Courtis como cirujano y ayudante, respectivamente. Asimismo, señaló que de no corresponder la manifestación con la lesión que presentaba M., ninguna responsabilidad cabe al cirujano jefe; quien debe responder por sus subordinados, pero no en este caso por el médico radiólogo, quien tiene autonomía. No era responsabilidad de Schettino controlarlo ni supervisarlo. Refiere a la pericial producida en la prueba anticipada y que no sería una rareza que se tratara de diferentes nódulos; que luego de la resección hayan aparecido nuevos, sin que ello implique que aquél haya recidivado o que la resección no se hubiera llevado a cabo. No se puede afirmar que la imagen nodular homogénea en cuadrante ínfero-interno derecho de la mamografía del 13/08/2001, sea la misma que se visualizó en el postoperatorio. Por otro lado, señaló que la accionante no explicó por qué decidió en forma unilateral no controlarse más con Schettino, ni las razones por las que recién se operó en el año 2005, si era tal la intranquilidad que la lesión le provocaba. Destacó que la lesión extirpada en el Hospital Francés se trató de un nódulo benigno y que no se había modificado de tamaño desde diciembre de 2000; por lo que el paso del tiempo no agravó el daño. Por último, en su responde, el Dr. Branko Hühn, tras la negativa que efectuara, indicó que su intervención se limitó a la realización de la placa de marcación previa. Que luego la entregó a la paciente y su función concluyó. Que no tuvo participación en la intervención quirúrgica, ni en la etapa postquirúrgica; siendo los cirujanos quienes deben corroborar la remoción de la lesión, conforme protocolo. Aludió que, para imputarle responsabilidad, debe acompañarse la placa de marcación. III.- La sentencia: El Señor juez a-quo admitió la demanda, condenando a Carlos David Schettino, Branko Hühn y a Estado Nacional - Fuerza Aérea Argentina, a pagar a M. S. M. la suma de \$ 132.000, con más intereses y costas, dentro de los diez días de notificada; lo que hizo extensivo a Caja de Seguros S.A., en la medida del seguro (art. 118 Ley 17.418). Rechazando las excepciones de prescripción y falta de legitimación pasiva planteadas por el Estado Nacional- Fuerza Aérea, con costas. Para así decidir consideró, en base a la prueba pericial médica, consistente tanto en el informe realizado en las diligencias preliminares (expte N° 47.205/ 2002) y sus complementaciones derivadas de la intervención ulterior del codemandado Hühn, como en el dictamen médico de autos y sus explicaciones, que existe un obrar antijurídico y culpable tanto del Dr. Schettino como del Dr. Hühn y en consecuencia, del Estado Nacional-Fuerza Aérea -Hospital Aeronáutico Central-, conforme el deber de seguridad y prestación médica adecuada oportunamente comprometido con la actora (conf arts. 504, 512, 902 y cc.), debiendo responder por el daño causado, en la medida que el reclamo indemnizatorio tenga favorable acogida. Respecto del coaccionado Dr. Schettino, tal reproche se consume, por no haber cumplido el mentado galeno con la faz de corroboración de la pieza quirúrgica, conforme el protocolo de biopsia radioquirúrgica. Así, si bien extrajo una zona marcada, conforme parte quirúrgica y examen anatomopatológico ulterior, no se realizó el paso tres del protocolo, consistente en la mamografía y radiografía de la pieza para constatar la corrección de la resección o extirpación total del sector marcado, teniendo en cuenta, asimismo, la mamografía o acreditación topográfica de la zona identificada por el médico radiólogo pre-actuante. La ausencia de radiografía después de la extirpación, privó del adecuado cotejo y debido control entre lo sustraído y lo individualizado, o bien, éste y lo ordenado analizar mediante biopsia. Evitó la chance de corregir el yerro de la delimitación o consultar si había otros puntos señalados con carbón además de lo extraído. Es así que, dada la subsistencia del tumor que debió sacarse en una segunda operación, se acredita la omisión

y la consecuente incursión de la culpa prevista en los art 512 y 902 por parte del cirujano interviniente. En cuanto al Dr. Hühn, médico radiólogo actuante, no cabe duda que lo delineado y lo sustraído no era el tumor que oportunamente había decantado en la pertinencia de la biopsia radioquirúrgica. La ausencia de las imágenes de marcación en el plano de la intervención quirúrgica no lo exculpan. Puesto que si lo que debía extraerse era una tumoración de 15 mm. y lo marcado con carbón y luego extirpado fue otro nódulo, debiendo efectuarse luego otra operación, es el codemandado Hühn quien se encontraba en mejor posición de aportar todos aquellos elementos necesarios para acreditar que su tarea fue acorde a la *lex artis*. El principio de las cargas probatorias dinámicas ponía en su cabeza establecer cual es la placa que correspondió a su marcación y aportarla o producir la prueba pertinente; aún del mismo hospital, en carácter de custodio de la documentación. La ausencia de tan relevante prueba -imágenes mamográficas de la punción para la marcación y protocolo seguido en función de la orientación del médico especialista que hizo la derivación a su servicio-, que hace prácticamente a su intervención en el procedimiento, lejos de ser un elemento eximente de responsabilidad, teniendo en cuenta el resultado erróneo que derivó en la no sustracción del tumor de mamas y la necesidad de nueva intervención, confluente fatalmente en su responsabilidad en los términos de los art. 512 y 902 del CC. En cuanto a los daños reclamados, desestimó el a-quo el rubro *incapacidad física* por resultar categórico el dictamen pericial al afirmar que la actora no presenta ninguna merma en este aspecto en relación con la biopsia radioquirúrgica del 7/12/2000. Rechazó, asimismo, el pretendido *daño estético*, por no haber resultado probado, no surgiendo de la experticia la existencia de cicatriz patológica de tipo queloide. Hizo lugar al *daño psíquico* sufrido, por la suma de \$ 80.000; desestimando el tratamiento solicitado, en el entendimiento que implica una duplicación de la reparación. Asimismo, otorgó por *daño moral* la suma de \$ 50.000; por *gastos de farmacia y asistencia* la de \$ 2.000 y rechazó el reclamo por *asistencia doméstica* por no haberse acompañado elementos que la acrediten. IV.- Los agravios: El coaccionado Hühn se agravia de la condena a su parte por su actuación profesional, sobre la base de una valoración que considera injustificada y parcial de las pruebas obtenidas y que prescinde -aduce- de la contundencia de las conclusiones del dictamen pericial médico. Reitera que la ausencia de la placa de marcación, que no estaba en su poder, es un extremo que no se encontraba a su alcance acreditar puesto que, ineludiblemente, se hallaba en poder de la actora o del cirujano y que, de ninguna manera, el radiólogo podría retener y conservar un estudio de diagnóstico. Afirma que el cirujano debió tener la placa para efectuar la biopsia radioquirúrgica o no hubiese hecho el procedimiento, lo que ratifica que ese estudio salió de la custodia de Hühn. Por otro lado, refiere que ninguna de las pericias concluye que la marcación hubiese sido deficitaria o que se haya incurrido en mala praxis con este fundamento. Asimismo, sostiene que el decisorio se aparta de las conclusiones del informe, en cuando afirma sobre la inexistencia de daño actual cierto en la persona de la reclamante. Ante la ausencia de uno de los elementos necesarios para tener por configurada la responsabilidad civil, sostiene corresponde el rechazo de la demanda. Subsidiariamente, cuestiona los rubros acogidos, el daño psicológico, los gastos de farmacia y asistencia y el daño moral; como así las sumas concedidas ultra petita. En cuanto a los intereses, solicita la aplicación de la tasa pasiva desde la fecha del hecho hasta la sentencia y, a partir de allí, la tasa activa fijada, hasta el efectivo pago. Por último, de desestimarse la demanda contra su parte, requiere la imposición de costas a la actora. En subsidio, de confirmarse el decisorio, peticiona se imputen por su orden. El Estado Nacional se agravia por la procedencia del rubro *incapacidad física*, cuando el perito actuante fue categórico al afirmar que no presenta en la actualidad secuelas en este aspecto en relación con la biopsia radioquirúrgica de fecha 7-12-2000; no existiendo, por tanto, elemento alguno que avale el reclamo. En cuanto al daño psíquico, entiende que al no haber tenido incapacidad pasible de indemnización, no estaría configurada la minusvalía psicológica, lo que pide se revoque. Por idénticos argumentos, procura se rechace el daño moral pretendido, el que asimismo considera fue resarcido excesivamente. En cuanto a los gastos médicos, de farmacia y movilidad, también solicita sean revocados por no haber sido demostrados con constancia respaldatoria que los acredite. Asimismo, en subsidio, se queja de la fecha desde la cual se dispuso corran los intereses, lo que entiende debió ser desde el momento en que la actora tomó conocimiento de la lesión y no desde la fecha de la intervención quirúrgica. A su turno, Caja de Seguros SA. controvierte la responsabilidad adjudicada al Dr. Schettino, quien -advierde- procedió a la extracción total de la zona marcada, con margen de seguridad, tal como recomienda el protocolo aportado en la pericia anticipada. Señala también que no todos los protocolos médicos exigen la realización de una radiografía de la pieza quirúrgica, sino que alguno la recomiendan -no la exigen- y otros ni siquiera lo hacen, como tampoco que haya debido consultar si existían otros puntos marcados con carbón además del extraído. Aclara que la actora no concurrió a controlarse por su patología mamaria luego del mes de junio de 2001 y, años después, se informó de un nódulo benigno en el Hospital Francés, el cual conforme anatomía patológica efectuada no había modificado su tamaño desde diciembre de 2000, no agravándose el daño. Subsidiariamente, critica el importe acordado por incapacidad psicológica; no existiendo fundamento alguno -a su criterio- para cuadruplicar el quantum solicitado en la demanda. Asimismo, considera que dicho daño no debe resarcirse en forma autónoma, sino subsumirse bajo el concepto de daño moral. Solicita se rechace o, en su defecto, se reduzca el monto. También cuestiona la cuantía otorgada por daño moral, al no haber sufrido la

accionante lesión alguna, no determinando el perito incapacidad. Solicita, en su defecto, su reducción. En cuanto a la suma conferida por gastos de farmacia y médicos, al haberse atendido en instituciones por su obra social y no haber arrojado un solo comprobante, solicita se lo reduzca. Por último, se queja de la tasa de interés que ordena aplicar el decisorio desde la fecha del hecho invocado -activa- que configuraría a su criterio un enriquecimiento indebido; peticona se fije una tasa del 8 % anual hasta la fecha de la sentencia de primera instancia y recién desde allí, la tasa activa establecida. El Dr. Schettino controvierte las conclusiones a que arribara el sentenciante por considerarlas infundadas, erróneas y arbitrarias. Entiende no ha existido obrar antijurídico y culpable alguno de su parte, ni relación de causalidad entre su asistencia y/o intervención médica y los daños invocados en la demanda. Señala que el Dr. Hühn goza de autonomía científica y técnica respecto del cirujano y que el marcaje de la zona quirúrgica no se realiza en su presencia. Cuestiona que el sentenciante no haya evaluado que, aún cuando se hubiera encontrado patología en el intraoperatorio o la mamografía de la pieza hubiera resultado negativa para el hallazgo, en la práctica del 7/12/2000 no existía para él posibilidad de visualizar en forma directa la mama restante y proceder a la resección del nódulo supuestamente persistente sin comprometer severamente la estética de la mama, máxime si se presume patología benigna. A lo que agrega que la actora no ha podido probar que la formación nodular de las mamografías postoperatorias se correspondiera con la radiografía preoperatoria que motivara su actuación. En cuanto a las placas previas a la cirugía, afirma que de ninguna manera podía aportarlas, lo que sí podría haber hecho el hospital, el mismo radiólogo y/o la misma actora, elemento necesario para acreditar una correcta actuación médica. Concluye que el nexo causal entre su actuación profesional y los daños invocados se encuentra interrumpida. Por otro lado, sostiene que ha quedado debidamente probado que la actora no presenta en la actualidad merma física y/o estética alguna en relación con la biopsia radioquirúrgica realizada el 7/12/2000. Son coincidentes los expertos en que la marcación con carbón existió, fue extraída la zona marcada y un poco más para su estudio y demarcación y correspondía con patología mamaria, debiendo ser extirpada. Hace hincapié en que la accionante no probó los motivos por los cuales recién se operó en 2005 si la lesión le provocaba intranquilidad; siendo ella misma quien en 2001 abandonó en forma unilateral las consultas con él. Concluye que no ha existido obrar culposo de su parte, debiendo revocarse la sentencia a su respecto. Subsidiariamente, se queja por la procedencia y/o cuantificación fijada por daño psíquico. Alude que no se consideró que la examinada presentaba una depresión de larga data y que se encontraba medicada, tratándose de una patología ya subsistente al momento de su actuación. Asimismo, entiende no se trata de un rubro autónomo, debiendo subsumirse en el moral. Peticona sea rechazado o, en su defecto, se establezca un monto menor. En lo que atañe al daño moral, también solicita se revoque o se justiprecie con una manifiesta disminución; debiendo considerarse la depresión que ya tenía, como así también la circunstancia que se operó por segunda vez recién en el año 2005, lo que no se entiende si era tal la intranquilidad. También entiende corresponde el rechazo del rubro gastos de farmacia y asistencia o su reducción. Plantea, asimismo, que la tasa de interés aplicada -activa- configuraría un enriquecimiento sin causa en cabeza de la actora y peticona se establezca la tasa pasiva hasta la sentencia. En cuanto al punto de partida de los intereses, entiende deben correr desde la fecha de la notificación del traslado de la demanda, habida cuenta la relación de índole contractual entre las partes. Por último, por las razones expuestas, solicita la imposición de costas a la actora. V.- Corresponde recordar que en atención a la necesidad de salvaguardar el principio de defensa en juicio (art. 18 CN), la facultad que acuerda el art. 266 del CPCCN debe ser utilizada con un criterio restrictivo; vale decir, acudir a ella cuando de una manera clara y acabada se opera una trasgresión a la citada preceptiva legal. En este sentido, en la sustanciación del recurso de apelación el cumplimiento de sus requisitos debe ponderarse con tolerancia, mediante una interpretación amplia que los tenga por cumplidos aun ante la precariedad de la crítica del fallo apelado. En otras palabras, si la fundamentación cumple en cierta medida con las exigencias del art. 265 del CPCCN, según un criterio de amplia flexibilidad, cabe estimar que se ha satisfecho con la mentada carga procesal (conf. CNCiv. Sala B in re "Hinckelmann v. Gutiérrez Guido Spano s/liq. de sociedad conyugal", del 28/10/2005; íd., en autos "Menéndez v. Alberto Sargo S.R.L. s/daños y perjuicios", del 23/11/2005; id. CNCiv. Sala H, del 15/6/2005; esta Sala expte. N° 78.929/ 05). Teniendo en cuenta ello y dado que en las expresiones de agravios en cuestión no se advierte un apartamiento por parte de los recurrentes a los principios fijados en el art. 265 del Código ritual, corresponde desestimar lo solicitado en el sentido que se declaren desiertos los recursos de apelación interpuestos. VI.- Un correcto orden metodológico impone tratar en primer término las apelaciones deducidas por los demandados y la citada en garantía relativas a la responsabilidad que se les atribuye en la sentencia de grado. Pues bien, atento la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial (Ley 26.994 y su modificatoria Ley 27.077), de conformidad a lo previsto en su art. 7 y teniendo en cuenta la fecha de los hechos ventilados en autos, es que resultan de aplicación al caso las normas del Código Civil de Vélez. He de adelantar que, luego de un estudio completo y acabado de las pruebas agregadas al expediente, analizadas y valoradas en su conjunto con el prisma de la sana crítica (arts. 386 y 477 del CPCCN), los argumentos desarrollados por los accionados en su fundamentación recursiva sobre la responsabilidad atribuida, no logran conmover, a mi criterio, las razones que llevaron al Sr. Juez a-quo a admitir la demanda instaurada por encontrar acreditada culpa o negligencia médica en la actuación de los profesionales

intervinientes. Se destaca que el juzgador debe arribar a la verdad jurídica que, al decir de Morello, no es la verdad absoluta y abstracta "sino el estado subjetivo del juez cuyo acceso a esa verdad (certeza) se ha ajustado a un procedimiento reglado y a pautas y guías lógicas de experiencia y sociológicas" (Estudios de Derecho Procesal Civil; t. I; Buenos Aires 1998, Abeledo-Perrot; p. 102 y siguientes). En nuestro sistema, el concepto de prueba está integrado con la atribución de las partes, la función del juez y el resultado que debe consagrar la sentencia. Para las partes, prueba es el conjunto de elementos autorizados por la ley para demostrar que la versión de los hechos, respectivamente expresada en los escritos de constitución del proceso, es exacta. Para el juez es una función de aportación, selección y valoración de los indicados elementos, con el fin de establecer que aquellas versiones son las exactas -verdad formal- o, donde proceda, la que efectivamente coincide con la realidad -verdad material-. Siempre debe ser sobre las ?versiones dadas por las partes?. Reitero: el objeto de la prueba está constituido por los hechos invocados en las alegaciones de las partes, en tanto sean controvertidos. Es decir, afirmados por una y desconocidos por la otra y conducentes. Al decir de Zannoni, "El incumplimiento imputable a la obligación contractualmente asumida (que en su ámbito propio constituye el ilícito al que se imputa la obligación resarcitoria: arts. 520 y 521 del Código Civil), trasciende como el hecho al que el art. 1109 vincula la obligación de reparar desde que, por culpa o negligencia del incumplidor, se ha ocasionado "un daño a otro" (autor citado, El daño en la responsabilidad civil, p. 141). Como se advierte, deberá necesariamente analizarse la relación de los médicos intervinientes y del Hospital Aeronáutico con la paciente, a fin de determinar si existió incumplimiento de las prestaciones médicas y, en su caso, relación causal de ese obrar con el resultado de la intervención quirúrgica en estudio, que acreditado originará la responsabilidad frente a la accionante. Se ha recurrido a los principios generales del art 512 del C. Civil en los supuestos de responsabilidad profesional a la que se define como ?aquella en la que incurre el que ejerce una profesión al faltar a los deberes especiales que ésta le impone; requiere para su configuración de los mismos elementos comunes a cualquier responsabilidad civil. Ello quiere decir que cuando el profesional incurre en la omisión de las diligencias correspondientes a la naturaleza de su prestación ya sea por impericia, imprudencia o negligencia, falta a su obligación y se coloca en la posición de deudor culpable (art 512 del C. civil)?. (Suprema Corte de Bs As en ?Rivero y Hornos c. Echalde, Norberto y otro ?, daños y perjuicios del 22/12/87; también otros citados aprobatoriamente por Ghersi, Carlos en ?Responsabilidad por prestación médico asistencial?, p. 343 y sgtes., entre otros). Se ha señalado como nota característica del profesional la habilidad en el desempeño de su actividad, que ésta se encuentre reglamentada y suponga habilitación previa, su presunción de onerosidad y que se ejerza con autonomía técnica y sujeción a la colegiación, a normas éticas y a potestades disciplinarias. (Alterini, Atilio, López Cabana, Roberto, ? la Responsabilidad civil de los profesionales?, en ?Las responsabilidades profesionales? -Libro homenaje al Dr. Luis Adorno-, p. 659, Ed. Platense, 1992). La Corte Nacional, al valorar en el caso de los médicos la obligación jurídica de asistencia, ha remarcado que el deber jurídico de obrar se compone no sólo con la carga de actuar con la prudencia y el pleno conocimiento impuesto por las normas del Código Civil, sino con las que establecen los ordenamientos particulares, propios de los profesionales del arte de curar- v.gr. Código Internacional de Etica Médica, Declaración de Ginebra, etc - (Fallos : 306.187 y JA, 1984-II-373; CS 24/10/89 , ? Amante Leonor y otros c. Asociación Mutual Transporte Automotor?, JA, 1990-II-127). El régimen legal aplicable es el derivado de la órbita contractual por cuanto, la mayoría de las veces, se trata de la inejecución de un previo acuerdo de voluntades ente la víctima y el profesional. La responsabilidad médica constituye parte especial de la responsabilidad profesional y al igual que ésta se halla sometida a los mismos principios que la responsabilidad en general, siendo erróneo considerar que el médico sólo debe responder en casos de falta notoria de pericia, grave negligencia o imprudencia, ignorancia inexcusable, grosera inadvertencia o graves errores de diagnóstico y tratamiento. Cuando el profesional incurre en la omisión de las diligencias correspondientes a la naturaleza de su prestación ya sea por impericia, imprudencia, se coloca en la posición del deudor culpable. La culpa en sentido genérico es objeto de dos sistemas de apreciación: la valoración en concreto o subjetiva, por la que se merita con relación al sujeto mismo, atendiendo únicamente a sus condiciones personales y a las demás circunstancias de tiempo y lugar en que actuó; y la valoración en abstracto u objetiva en la que el parámetro de comparación está dado por la previsibilidad general de un patrón o tipo medio: el hombre común, el buen padre de familia, etc. (Orgaz, Alfredo , ? La culpa?, ed Lerner , Bs As, 1970; Bustamante Alsina, Jorge ? Teoría General de la responsabilidad civil?, p. 48, nota 4). Puntualiza Orgaz que ambos sistemas no son antagónicos sino que se complementan; la apreciación abstracta u objetiva no prescinde por completo del examen de la naturaleza de la obligación y de las circunstancias del caso, ni la apreciación en concreto deja de comparar la conducta del agente con la de un individuo de diligencia normal (?La culpa?, cita en nota 22, p. 133). El juez debe ante todo examinar el caso concreto con toda su constelación fáctica y luego confrontarlo con la conducta que en tal evento había observado un hombre prudente (Cazeaux-Trigo Represas, ?Derecho de las Obligaciones?, t. III, p. 161, Ed. Platense, 1970), o sea, en definitiva , que el art. 512 del Cód. Civil consagra un sistema mixto (concreto y abstracto) (Bueres, Alberto, ?Resp. Civil de los médicos ?, p. 208). Trigo Represas sostiene que, para apreciar la culpa, ha de acudir al ?buen profesional? de la especialidad, ya que deben armonizarse las directivas del art. 512 del C.C. con las del 902 para la esfera

aquilina, y con el art. 909 de ese cuerpo legal para el ámbito contractual; por ende? el adiestramiento específico que supone la condición profesional genera un especial deber de obrar con más prudencia y conocimiento (?Nuevas reflexiones sobre responsabilidad civil de los médicos ?, LL, 1984 C, 586). En cuanto a la prueba de la culpa, como regla general, deberá ser probada por el acreedor, sin perjuicio de la importancia que tienen como medio de prueba las presunciones judiciales o bien en casos excepcionales, la teoría de las cargas probatorias dinámica. Ello claro está, en la medida que el ordenamiento jurídico no consagre una presunción genérica de culpa como ocurre en algunos supuestos particulares. En consecuencia, el distingo clasificatorio en estudio para nada incide en el régimen de la prueba de la culpa sino que va mucho más allá y sirve para determinar si estamos frente a un supuesto de responsabilidad subjetiva u objetiva -en este último caso, la culpa queda fuera de la cuestión-. Queda en claro en la responsabilidad médica, como regla general estamos frente a obligaciones de medios con lo cual ?no basta, pues, con revelar la mera infracción estructural, o sea, la causación del daño médico, para deducir sic et simpliciter el elemento subjetivo (culpa). Es que en las obligaciones de medios existe un doble juego de intereses -en todo caso un interés dual- que forma parte integrante del objeto del deber prestacional. Estos intereses pueden ser denominados como final y primario: El interés final, que es el aspirado por las partes, resulta aleatorio (en el caso médico, la curación definitiva) y por tanto, el deudor no está en condiciones de asegurarlo. Al lado de ese interés final aparece el interés primario que se satisface con el esfuerzo del solvens en tanto se traduzca en una actividad prudente y diligente. Este último interés (el primario) basta para que se considere que el proyecto de la prestación se ha cumplido, con lo cual la sola falta de obtención del interés final no es suficiente para patentizar la responsabilidad del deudor. A la luz de lo expuesto, no cabe duda que, en la responsabilidad médica, asumiendo los profesionales obligaciones de medios, para que quede comprometida su responsabilidad debe quedar probado que no se ha cumplido con el fin primario (actividad prudente y diligente), lo que en otras palabras significa acreditar la culpa del o los galenos. Ahora bien, las dificultades probatorias acusadas que debe sortear con frecuencia el paciente para poner a las claras la culpa del médico, recondujeron a la doctrina a conferir un elevado valor, quizá como en ninguna otra materia, a las presunciones judiciales -?praesumptio hominis?-. Su admisión no importa derogar el régimen de la carga de la prueba, sino que habrá que demostrar hechos que generen ?indicios?, para extraer de ellos la culpa de manera indirecta. A lo sumo, cabrá entender que existe un aligeramiento de la actividad probatoria y una concreción a los jueces de posibilidades para apreciar las circunstancias implicadas sobre la base de la equidad (CNCiv., Sala D, 28/ 2/ 96, in re ?G.F.M. y otro c/ Centro Médico Lacroze y otros? del voto del Dr. Bueres, Alberto J.). Es dable así recurrir a la teoría de las cargas probatorias dinámicas. La misma constituye un apartamiento excepcional de las normas legales que establecen la distribución del ?onus probandi?- art 377 del C. Proc.- y sólo debe funcionar cuando la aplicación mecánica o rígida de la ley, conduzca a resultados disvaliosos o inocuos. O sea: ?cuando la responsabilidad profesional se funda en la culpa, ésta debe ser en principio probada por el actor, sin perjuicio de que se tenga en cuenta la importancia de las presunciones judiciales, y del concepto de carga probatoria dinámica, cuyo funcionamiento excepcional, que hace recaer la carga de la prueba en cabeza de aquel que se encuentra en mejor situación para probar?. Con las observaciones mencionadas, analizaré las constancias arrojadas a la causa a fin de determinar la responsabilidad médica en el supuesto. Destaco el derecho elemental del juzgador de no seguir a las partes en todos y cada uno de los argumentos que esgrimen en resguardo de sus pretensos derechos, limitándose a escoger entre aquellos que guardan relación directa con la litis y que revisten sustancial importancia para la justa solución del diferendo (cfr. Corte Sup., ED 18-780; CNCiv., Sala D, ED 20-B-1040; Sup. Corte de Bs.As., Ed 105-173; esta Sala, expte. no. 114.223/98, entre muchos otros). En la especie, no se encuentra controvertido el hecho que, tras consulta por control efectuada por la Sra. M. al Servicio de Ginecología del Hospital Aeronáutico Central y hallarse, en el estudio de fecha 20/09/2000, una imagen nodular en cuadrante ínfero interno de mama derecha, la que persistió al realizarse compresión focalizada de dicha zona (10/11/2000), se decidió la realización de biopsia radioquirúrgica a fin de extirpar y analizar el tejido, la que fuera realizada por el Dr. Carlos David Schettino, el día 7/12/2000; previa marcación con carbono con guía mamográfica, lo cual fuera efectuado por el Dr. Branko Hühn. Frente a la persistencia de nódulo en estudio mamográfico de control postquirúrgico (13/8/2001), el mismo debió ser extraído en una cirugía posterior que corroboró su benignidad, la que se llevó a cabo el 24/5/2005 en el Hospital Francés, por medio de otros profesionales médicos. A los fines de analizar la actuación de los Dres. Schettino y Hühn en la marcación previa e intervención quirúrgica de fecha 7/12/2000, respectivamente, resulta relevante la prueba pericial médica que fuera producida tanto en autos como en las actuaciones ?M. M. S. contra D.I.B.P.F.A. y otros s/ diligencias preliminares (expte. N° 47.205/ 2002). El experto interviniente en el marco de las diligencias preliminares dictaminó con fecha 29/09/2003, antes de la segunda intervención a que se sometiera la Sra. M. que, del análisis de la documentación: copia de la historia clínica del Hospital Aeronáutico Central -Fuerza Aérea Argentina-, informe de anatomía patológica N° 83916 del Servicio de Anatomía Patológica del Hospital Aeronáutico Central, mamografías de fecha 20/09/2000, 13/08/2001 y 28/02/2003 y examen físico efectuado a la actora, se constata en mama derecha, cicatriz periareolar de tipo quirúrgico que se extiende desde hora 12 a 6, bien consolidada, sin retracciones ni deformaciones, ni híper pigmentación. En la

misma mama, a la palpación, zona libre de tejido mamario, fácilmente depresible hasta los planos profundos, que abarca parte de los cuadrantes internos desde hora 2 a 4 aproximadamente y que impresiona corresponder al lecho secuelar propio de la extracción quirúrgica previa del tejido mamario. En el borde inferior de ese espacio, se advierte un bloque con modularidad aumentada, respecto al resto de la mama, sin adherencia a los planos adyacentes. A los puntos de pericia, responde el profesional que, respecto de los estudios mamográficos, en todos ellos se observa que presentan un patrón de mamas tipo fibroglandulares con moderado trazado graso, no se observan microcalcificaciones, destacándose la presencia en el cuadrante ínfero interno de la mama derecha, de una formación nodular homogénea con contornos netos y lobulados, de aproximadamente 15 mm de diámetro que persiste en las tres mamografías. Determinó el galeno que, de acuerdo a la imagen observada en las mamografías realizadas, es conveniente que la actora se someta nuevamente a una biopsia radioquirúrgica. Destacó que, de acuerdo a los hallazgos clínicos y mamográficos, no impresiona que haya existido una progresión del cuadro desde la cirugía hasta la fecha. En cuanto al diagnóstico posible, señaló que corresponde a los estimados para una imagen de tipo BI-RADS-2-3 -hallazgos benignos y/o probablemente benigno. En este último caso, existe una posibilidad maligna del 0,5 a 2 %- (conf. fs. 84/85). En las contestaciones de fs. 210 y 211, el Dr. Fernández indicó que no surgen de la historia clínica analizada, detalles sobre la existencia de algún daño corporal o estético al momento de la intervención quirúrgica que se realizara el 7.12.2000. En cuanto al ¿bloque con nodularidad aumentada? que refiriera, marcó que su palpación fue postquirúrgica y que puede tener vinculación con estos antecedentes operatorios sobre el área, que modifican la histoarquitectura del órgano. Por otro lado, adujo -siempre en relación a la primera intervención- que no ha existido retraso en la práctica quirúrgica una vez realizado el diagnóstico mamográfico. De acuerdo al protocolo quirúrgico que dice ¿se visualiza zona marcada con carbón y se toma dicha zona con pinza...procediéndose a su extracción con margen de tejido sin marcación?, se procedió a la extracción con margen de seguridad. El informe de anatomía patológica ratifica lo actuado, cuando informa que se recepciona material con marcación carbónica. Respecto a si se delineó ó plasmó un área que no correspondía al nódulo mamario, sostuvo que es difícil establecerlo con grado de certeza. Los resultados del procesado histopatológico de la pieza son: fibrosis, adenosis, dilataciones quísticas ductales, microcalcificaciones intraductales, infiltrados inflamatorios de tipo mononuclear, epiteliosis focal y el diagnóstico final de mastopatía compleja, ratifican la extracción del tejido patológico, a su vez, compatible con las imágenes mamográficas. Concluyó que, independientemente de la extensión que pudiera tener la mastopatía compleja, la marcación correspondió a tejido patológico. Asimismo, en la ampliación pericial de fs. 219/ 220 el perito describió los pasos aplicables del protocolo de BRQ (biopsia radioquirúrgica). 1-Marcación preoperatoria: localización prequirúrgica de la lesión en la mama, mediante marcación del sector a resear, que puede realizarse con carbón o con arpón metálico. 2- Extirpación o resección de la lesión, con identificación de los bordes de la pieza operatoria. 3-Radiología de la pieza (documentación) y corroboración de la remoción de la lesión, con márgenes adecuados. 4- Estudio anátomo-patológico: envío al patólogo de la pieza operatoria sin seccionar, junto con la radiografía. 5- El patólogo con tinta china marca todos los bordes de la pieza quirúrgica para la identificación de los márgenes. Procesado de la pieza. Detalló el especialista que, de la hoja quirúrgica, surge que se realizaron las diligencias 1) marcación prequirúrgica, 2) extirpación o resección y, 4) estudio patológico. No consta el paso 3. Asimismo, señaló que no obra la entrega a los médicos intervinientes en la cirugía de algún elemento post marcación. No obstante ello, hay que analizar que surge que se indicó la traza prequirúrgica con carbón, que se extrajo el tejido mamario marcado con carbón y que se procesó el espécimen obtenido. Advierte que la indicación es previa y ajena al acto quirúrgico y a los operadores del mismo. El cirujano tratante, indica la marcación y luego extrae el tejido signado. Al resultar la patología mamaria no palpable, la única forma de identificar y lograr extirpar la región alterada, es por medio de la marcación con colorante, en el caso, carbón. De las constancias de autos, surge que estos pasos se cumplieron. Adujo el Dr. Fernández que no es posible afirmar con certeza inequívoca que el nódulo presente en las mamografías postoperatorias se trate del mismo nódulo, dado el tiempo transcurrido entre las placas y las modificaciones de la cirugía interpuesta. Aclaró que independientemente de la extensión que pudiera tener la mastopatía compleja, la marcación correspondió a tejido patológico y en la BRQ se extrajo el mismo. En autos, se cuenta con el dictamen del Dr. Fernando Gustavo Castro Freyre (fs. 827/ 832), quien afirmó que la biopsia radioquirúrgica está indicada para caso de lesiones no palpables y que los pasos de la práctica son: 1) Diagnóstico mamográfico o ecográfico de la lesión sospechosas; 2) Ubicación topográfica y marcado de la mama (ecográfica o esterotaxia); 3) Señalización con aguja con extremo en arpón. Inyección de colorantes: azul de metileno o carbón al 2 % (más utilizado). 4) Extirpación quirúrgica, resección amplia para que permita que centrar la lesión sospechosa en la pieza; 5) Señalización de la pieza, para dar correcta orientación espacial de la pieza; 6) Comprobación: debe radiografiarse en el acto quirúrgico con el fin de comprobar la presencia en ella de la lesión; 7) Se deriva la pieza a anatomía patológica para su estudio. Remarcó que no encuentra en documentación: el punto dos, ubicación topográfica, ecográfica o esterotáxica; ni el punto seis, mamografía de pieza operatoria para su comprobación. Sí se registra, por parte de patología, la recepción de dos fragmentos con marcación carbónica, congelación, diagnóstico de mastopatía, se difiere su estudio.

Luego reafirmó que faltan las placas de marcación y de la pieza operatoria. No consta en protocolo que esta última fuera pedida por cirujano. Sí consta la aparición de la marcación de carbono en la pieza. Que la mamografía -según técnica- con la ubicación de referencia de la pieza corresponde que se imprima como medio para realizar la BRQ, pero no se encontró en el expediente. En cuanto a la extirpación de tejido mamario no palpado ni visualizado durante la cirugía, dentro de la zona previamente marcada, calificó al proceder médico como correcto, teniendo en cuenta que la lesión mamaria no era palpable. Respondió el perito que si se realizó una BRQ en el Hospital Aeronáutico el día 7/12/2000, médico cirujano Dr. Schettino; aparentemente según protocolo quirúrgico y congelación se obtuvo resultado, el cual no pudo ser confirmado luego. No existe documentación de la marcación en el expediente. En cuanto a la intervención del 24/05/2005 en el Hospital Francés, sustentó que la razón médica de la misma fue la extirpación de la lesión, la cual no fue extraída en el primer acto quirúrgico, obteniendo resultado esperado, no confirmado por historia clínica. Al igual que explayara el perito Fernández, señaló el especialista que no se puede afirmar con certeza que las imágenes pre y post quirúrgica están mostrando un mismo nódulo mamario. Respecto al grado de incapacidad que pudiera presentar la actora, el perito refirió que desde el punto de vista mastológico, ninguna; pero que de la lectura de la historia clínica se puede observar que ha sufrido alteraciones y trastornos psicológicos. En la contestación a las impugnaciones a fs. 843/ 846, el experto reiteró que no se encontraron constancias de que se cumplieran en la intervención del 7/12/2000 con los pasos dos y seis del protocolo (ubicación topográfica/ ecográfica y mamografía de pieza operatoria). En lo atinente a las lesiones sufridas por la actora, ratificó sus conclusiones y agregó que no ha omitido considerar la cicatriz como una lesión estética, porque según la historia clínica, no se menciona que haya existido una cicatrización patológica, como sería una marca queloide, que si es estética. Una cicatriz de BRQ no es una lesión estética. Por último, en la contestación de fs. 847/ 849, el Dr. Castro Freyre indicó que no se confirmó la presencia del tumor en la congelación, la misma advierte dos zonas de marcación carbónica con diagnóstico de mastopatía. Habitualmente las congelaciones nos informan que se encuentra en la pieza operatoria la patología en estudio, en este caso, tumor de 1 cm. por 1 cm. que fue el motivo de la cirugía. La presencia de dos áreas de marcación hacía suponer que, en alguna de ellas, se encontraba el tumor en estudio. Todo método diagnóstico puede fallar; la situación que se presenta en autos no es frecuente, pero puede existir. Por otro lado, confirmó la no existencia de documentación de la marcación, pero, asimismo, reafirmó también que la pieza operatoria estaba individualizada (la mama) y que algún médico lo tuvo que hacer. Las demandadas no han aportado elemento alguno de entidad científica suficiente que permita el apartamiento de las conclusiones de los peritos médicos de oficio, especialistas en la materia. Si bien es cierto que el Juez tiene plena o amplia facultad para apreciar el contenido del dictamen pericial, dicha prerrogativa no puede ser ejercida con discrecionalidad; toda vez que para apartarse de las conclusiones allegadas por el experto, deben tenerse razones fundadas; máxime cuando el mentado informe comporta la necesidad de una apreciación específica en el campo del saber del diestro y para desvirtuarlo es imprescindible contar con elementos de juicio que permitan descubrir el error o en el inadecuado uso que el facultativo ha hecho de los conocimientos científicos de los que por su profesión o título habilitante se lo supone dotado -conf. CNCiv. Sala M, 08.03.1993, DJ 1994-I, 483. Idem, Sala E, 19.03.2008, ar/jur/515/2008, reñidas con principios lógicos o máximas de la experiencia o que se contradicen con el restante material probatorio objetivamente considerado -conf. CNCiv Sala H, 04.12.2009, ar/jur/62898/2009-, falta de idoneidad o de basamentos científicos -conf. CNCiv Sala H, 25.10.2007, ar/jur/8874/2007-; siendo necesario, incluso, que se aquilaten probanzas de similar o mayor rango técnico que desmerezca las conclusiones arrojadas en el citado peritaje -conf. CNCiv. Sala E, 26.11.2008, ar/jur/14658/2008. Idem, Sala F, 11.08.2014, ar/jur/44765/2014-. De igual modo y si bien las normas legales no le acuerdan al aludido dictamen el carácter de prueba legal, nada empuja que para apartarse de dichos resultados se exijan bases sólidas demostrativas de la equivocación del perito y que habiliten la procedencia de objeciones o de cuestionamientos -conf. CNCiv. Sala D, 26.06.2003, ar/jur/7688/2003. Ídem Sala H, 26.10.2006, LL 2007-A, 181, entre otros-. Merece destacarse especialmente que, en este tipo de juicios, la prueba pericial deviene relevante, ya que el informe del experto no suele ser una mera apreciación sobre la materia del litigio, sino un análisis razonado con bases científicas y conocimientos técnicos (CNCiv, Sala D, en autos ?Yapura, Gregoria Erminda c/ Transporte Automotor Riachuelo S.A. s/ daños y perjuicios? expíe. libre N° 77.257/ 98, del 8/10/02; id. ?Fiorito, José Luis c/ Petersen José y otro s/ daños y perjuicios? expte. libre N° 105.505/ 97, del 20/09/91). Si bien no será el idóneo quien defina el pleito, es indudable que -fundado debidamente su informe- esta actuación, por su peso y envergadura, desplaza por lo regular y quita valor convictivo a otros elementos que no resulten definitorios. Pues bien, cabe recordar que la diversa temporalidad de los acontecimientos puede darse como mera sucesión de hechos, o como relación entre ellos. La causalidad importa una relación entre el antecedente y el consecuente, de manera que sea posible afirmar que el efecto es atribuible a la causa o, a la inversa, que ésta determinó el efecto (conf. "Derecho de Obligaciones" Atilio Aníbal Alterini, Oscar José Ámeal Roberto, M. López Cabana, pág. 231). En el caso, tengo por corroborada la relación causal entre la actuación médica del Dr. Branko Hühn -médico radiólogo- y del Dr. Schettino -médico cirujano- y la circunstancia determinante de una segunda operación (BRQ) por no haberse cumplido el

objetivo en la primera. En el primer caso, por no contarse en autos con las imágenes mamográficas que permitirían corroborar la correcta marcación de la pieza a extirpar. Pues, si lo marcado con carbón y extraído en la primera BRQ fueron otros fragmentos -los cuales como quedó comprobado tenían también marcación y eran patológicos-, era el Dr. Hühn quien debía aportar o producir la prueba exculpatoria; esto es, que en la placa respectiva hubiera debidamente marcado la tumoración que le indicara el especialista que le efectuó la derivación. En lo que atañe al Dr. Schettino, de ambas periciales reseñadas se desprende que no fueron cumplidos íntegramente los pasos del procedimiento quirúrgico. No consta la comprobación de la remoción de la lesión; esto es, la corroboración de la pieza quirúrgica mediante la realización de radiografía de la misma, para constatar corrección de la resección o extirpación total del sector marcado, teniendo en cuenta la mamografía o acreditación topográfica de la zona que marcó el radiólogo actuante. Así, si bien fue extraída una zona marcada y ello correspondía a patología mamaria, siendo correcta su extirpación, lo cierto es que el estudio de anatomía patológica se detectó mastopatía compleja en esas piezas, pero no la tumoración por la que se realizó la BRQ. Claramente el perito de oficio señaló que ¿no se confirmó la presencia de tumor en la congelación?. Entiendo así que la conducta desplegada por ambos profesionales y que se detallan en los categóricos dictámenes periciales, trasunta negligencia pasible de responsabilidad por las consecuencias finales acaecidas, la necesidad de ser sometida la Sra. M. a una nueva BRQ para extraer la lesión que motivó la pertinencia de la primera intervención. El vínculo causal existe cuando hubo una omisión médica y/o no aplicación del tratamiento debido, porque priva al enfermo de una manera cierta de la posibilidad de curación que razonablemente tenía derecho a esperar, siendo deber del profesional disponer de los medios y la diligencia debida que normal y ordinariamente puede llegar a un resultado exitoso. Debe destacarse en orden a lo expuesto, la necesidad de examinar la cuestión a través del prisma de la causalidad adecuada. De este modo, debe establecerse en el plano jurídico si un suceso es causa de otro. Por consiguiente, es necesario realizar ex post facto un diagnóstico de probabilidad en abstracto, inquirendo si la acción u omisión que se juzga era, de suyo, idónea para producir normalmente ese hecho, según el curso natural y ordinario de las cosas (conforme Goldemberg Isidoro, citado por Silvia Y. Tanzi, Juan M. Alterini, ¿La Demanda de Daños?, pág. 154). Dicho juicio de probabilidad tiene virtualidad para no sólo establecer la existencia de una relación causal sino, además, para precisar su consecuencia jurídica. En tal sentido, debe resaltarse el valor probatorio de las presunciones. Estas constituyen una vía indirecta para llegar al conocimiento o admisión de un hecho. Se parte de un hecho conocido y probado y se tiene por acaecido otro hecho que se intenta probar por medio de un razonamiento. A ello se refiere el art. 163, inc. 5°, párr. 2° del CPCC que dispone que las presunciones no establecidas en la ley constituirán prueba cuando se funden en hechos reales y probados y cuando por su número, precisión, gravedad y concordancia produjeran convicción según la naturaleza de juicio, de conformidad con las reglas de la sana crítica. Por lo demás, cabe recordar, que la diversa temporalidad de los acontecimientos puede darse como mera sucesión de hechos, o como relación entre ellos. La causalidad importa una relación entre el antecedente y el consecuente, de manera que sea posible afirmar que el efecto es atribuible a la causa o, a la inversa, que ésta determinó el efecto. La culpa se aprecia inicialmente en concreto, sobre la naturaleza de la obligación y de las circunstancias de personas, tiempo y lugar. Las condiciones personales del agente deben ser tenidas en cuenta a los efectos de estimar el mayor o el menor deber de previsión con arreglo a lo dispuesto por el art. 902 CC. y, sin perjuicio de correlacionar esta norma con la recta interpretación que debe efectuarse en derredor del texto del art. 909 CC. con estos elementos concretos el Juez conformará un tipo abstracto de comparación, flexible, circunstancial, específico, que represente la conducta que debió obrar el agente en la emergencia. Y de la confrontación entre el actuar real y el actuar debido (idealmente supuesto) surgirá si hubo o no hubo culpa. (Bueres Alberto J. comentario al art. 512, en Bueres, Alberto J. (dir) Highton, Elena (coord.), ¿Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial?, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004, T 2A, p. 151). En tal orden de ideas y a tenor de lo expuesto precedentemente, cabe imputar error médico en los supuestos antes mencionados como motivadores de la falta de extirpación oportuna de la lesión que presentaba la actora y que se exterioriza en los procedimientos llevados a cabo; lo que se extiende al Estado Nacional, atento la intervención del Hospital Aeronáutico Central, conforme el deber de seguridad y prestación médica adecuada, quien no ha controvertido en esta instancia la responsabilidad que le fuera adjudicada. Por último, en cuanto a los planteos que efectuaran las recurrentes respecto a la inexistencia de daño, he de advertir que si bien se desprende de las conclusiones periciales que la Sra. M. no presenta en la actualidad merma física alguna en relación con la biopsia radioquirúrgica del 7/12/2000; también lo es que en la experticia de fs. 632/ 637, la licenciada en psicóloga designada de oficio, determinó claramente que, los sucesos objeto de autos, produjeron en la examinada depresión neurótica o reactiva que implica una merma psíquica del orden del 20 %, a raíz de la situación vivida. En función de todo ello y compartiendo las fundamentaciones vertidas por el primer juzgador sobre la cuestión, es que propicio al Acuerdo confirmar la responsabilidad atribuida en el decisorio de grado. VII.- Se analizará seguidamente la procedencia y/o cuantía respecto de los rubros indemnizatorios cuestionados. He de advertir, a los fines de la estimación de los montos resarcitorios, que en la demanda las sumas peticionadas fueron supeditadas a ¿lo que en más o en menos resulte de la prueba a rendirse en autos? (conf. fs. 4 vta.),

por lo que no se incurre en pluspetición. A) Incapacidad psicológica. Así como toda disminución de la integridad física humana debe ser materia de resarcimiento, hay que admitir que cualquier merma de las aptitudes psíquicas de un individuo constituye también un daño reparable. En este aspecto, se configura la lesión psíquica mediante la alteración de la personalidad, es decir, la perturbación profunda del equilibrio emocional de la víctima que guarde adecuado nexo causal con el hecho dañoso y que entrañe una significativa descompensación que perturbe su integración en el mundo social. En esa inteligencia, corresponde a mi criterio colegir la total autonomía e independencia entre el daño psíquico y el moral. Uno importa un menoscabo a la salud psíquica e integra el concepto de incapacidad, mientras que el otro repercute en los sentimientos del damnificado. En este orden de ideas, se hace necesario señalar que es precisamente la opinión de los expertos en la materia la adecuada para tener en cuenta a los efectos de estudiar la procedencia o no del rubro en cuestión. A tal fin, cabe atenerse a las constancias obrantes en la causa y pericial en la materia, que valoro y acepto en los términos de los arts. 386 y 477 del C.P.C.C.N. La Lic. Alemán, designada de oficio en autos, concluyó en su informe que, dada la historia de la actora, en la que presentó una sumatoria de enfermedades de familiares, sus operaciones y las pérdidas no elaboradas, el hecho de autos ha actuado como concausa, generándole un notable monto de angustia y ansiedad. De las entrevistas mantenidas, los signos psico-semiológicos consignados y las inferencias realizadas de las técnicas proyectivas administradas, determina que se puede establecer que la situación que originó estos autos le produjo una depresión reactiva o neurótica. Presenta una incapacidad del 20 % a raíz de la mencionada situación. Cabe referir que, en tanto se fija ese padecimiento sin posibilidad de reversión, se interpreta que es permanente (fs. 632/ 637, arts. 386, 477, CPCC). Puede advertirse que, si bien el hecho de autos ha actuado como concausa en relación al estado psíquico previo de la accionante, lo cierto es que la perito establece el porcentaje de incapacidad que padece la examinada, sólo en cuanto guarda relación causal con los acontecimientos que nos ocupan. En virtud de las consideraciones precedentes y a la luz de las conclusiones periciales que no resultaran impugnadas por las partes, es que teniendo en cuenta las condiciones subjetivas de la damnificada, las objetivas del suceso de que se trata, la incapacidad psíquica padecida y demás constancias de la causa, es que si mi voto es compartido, propongo al Acuerdo confirmar la procedencia del rubro y el guarismo fijando en la anterior instancia (\$ 80.000), por no haber sido cuestionado por la reclamante. B) Gastos médicos, de farmacia y movilidad. Es dable recordar que para la procedencia de tales reclamos no se requiere prueba cierta y determinada y deben ser abonados cuando es presumible su existencia en virtud de la índole de las lesiones. Siendo ello así, gravitan en la determinación de su monto factores tales como el lugar donde fue atendida la víctima, importancia y extensión de las lesiones, etc. Cabe dejar sentado, asimismo, que la circunstancia de la atención tanto en hospital público o por intermedio de obras sociales, no implica la gratuidad de todos los medicamentos y prestaciones. En función de dichas consideraciones, meritando las constancias de la causa y conclusiones periciales, es que propongo al Acuerdo confirmar el importe acordado por el particular en la instancia de grado (\$ 2.000), sobre el que no se ha insatisfecho la actora. C) Daño Moral. Existe daño moral indemnizable cuando hay una lesión o agravio a un interés jurídico no patrimonial, es decir un menoscabo a bienes extrapatrimoniales. El derecho no resarce cualquier dolor, humillación, padecimiento sino aquello que sea consecuencia de la privación de un bien jurídico sobre el cual el dolorido tenía un interés reconocido jurídicamente (conf. Zannoni, "El daño en la responsabilidad civil", pág. 234/235; Brebbia, "Daño moral", pág. 47; art. 1078 del Código Civil). El agravio moral está constituido por la lesión a las afecciones íntimas del damnificado, las aflicciones que experimenta, la duración de su convalecencia y la incertidumbre sobre el grado de restablecimiento. Es así que, considerando las condiciones personales de la accionante, los padecimientos que evidentemente sufrió a raíz de las situación disvaliosa vivida y demás particularidades que muestra la causa, es que propongo al Acuerdo confirmar la procedencia y suma otorgada por el a-quo por el presente rubro (\$ 50.000), sobre el que no se contrariara la damnificada. VIII.- Tasa de interés aplicable. La doctrina del acuerdo plenario de fecha 20 de abril de 2009 en autos ?Samudio de Martínez, Ladislao c. Transporte Doscientos setenta S.A. sobre daños y perjuicios?, dejó sin efecto la fijada en los plenarios ?Vázquez, Claudia Angélica c. Bilbao, Walter y otros sobre daños y perjuicios? del 2 de agosto de 1993 y ?Alaniz, Ramona Evelia y otro c. Transportes 123 SACI, interno 200 sobre daños y perjuicios? del 23 de marzo de 2004 y estableció como tasa de interés moratorio la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, con cómputo desde el inicio de la mora hasta el cumplimiento de la sentencia, salvo que su aplicación en el período transcurrido hasta el dictado de dicha sentencia implique una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido. Esta excepción debe ser alegada y probada por la parte a quien afecta (principio dispositivo). Los perjuicios sufridos a causa de un hecho ilícito tienen su origen en el siniestro ocurrido, porque el perjuicio se ha producido allí y la mora ex lege nace en ese momento (conf. art. 1067 C. Civil). Por lo demás, el juez en la sentencia fija un quantum, lo que de ningún modo equivale al momento a partir del cual la obligación se hace exigible, teniendo en cuenta que la no liquidez de la suma no implica la no exigibilidad y, por tanto, es desde la mora -en el caso, el hecho - que resulta computable. Lo que se debe no es una suma determinada, sino la compensación que el acreedor tiene derecho a percibir como resarcimiento por el daño

padecido, que se resuelve en una suma dineraria en el momento en que el juez, al dictar sentencia, fija su determinación y cuantificación. La naturaleza de la deuda (de valor) no cambia por el procedimiento que se realice (cuantificación). En tal sentido, la circunstancia de tratarse en el caso de deudas de valor que se traducen en una suma de dinero como compensación del perjuicio producido y que el órgano jurisdiccional fija en la sentencia, no implica en modo alguno, que la fijación del quantum contenga mecanismos de actualización o cualquier otro que configure una repotenciación o indexación de deuda. Por otra parte, los antecedentes mencionados y la doctrina plenaria recaída en autos ?Samudio de Martínez, Ladislao c. Transportes Doscientos setenta S.A. sobre daños y perjuicios?, no permiten diferenciar con respecto a la valuación con fundamento en la fecha de fijación de la cuenta indemnizatoria, ni tampoco atendiendo a la naturaleza de la obligación, ya que aquellos dispusieron una solución aplicable a todos los casos acorde a su generalidad. Agregando que la salvedad que se hace al responder al interrogante referido a desde cuándo y hasta qué momento se fija la tasa moratoria que se formuló en el acuerdo del plenario predicho no es operante en este contexto; dicha salvedad queda confinada al hipotético caso de que, en el futuro, se autorizara la repotenciación de un capital de condena, lo que, en principio, no es posible hacer actualmente, en acatamiento del derecho vigente. Es por ello que, desde el inicio de la mora, ya sea que la obligación pertenezca a la órbita contractual o aquiliana, hasta el cumplimiento de la sentencia queda determinada una regla general: aplicar al cálculo de intereses moratorios (art. 622 del Código Civil) la tasa activa. Dicho aserto no admite cuestionamiento. No obstante, aun derogadas en un futuro hipotético las leyes que prohíben la actualización por repotenciación de deuda, a efectos de otorgarle virtualidad a la excepción a la regla general resuelta en el plenario referido de ?Samudio?, es necesario que se den ciertos presupuestos: la coexistencia de un enriquecimiento de una parte y un empobrecimiento de la otra, la relación causal entre ambos e inexistencia de una justa causa que avale la variación operada entre los patrimonios del deudor moroso y su acreedor, que altere el significado económico del capital de condena por aplicación de una tasa distinta a la activa en el cálculo de los intereses moratorios, todo lo cual deberá ser debidamente solicitado y acreditado por el interesado. Ello así, por cuanto la facultad morigeradora de oficio es propia cuando en virtud del principio de autonomía de la voluntad (art. 1197) las partes pactaron intereses punitivos exorbitantes en caso de mora del deudor, pero de ningún modo cuando se trata del supuesto contemplado por el anterior art. 622 del Código Civil, atento al principio dispositivo del proceso; la naturaleza patrimonial de la acción ejercida y las reglas respecto de la carga probatoria establecida en el art. 377 del Código Procesal. Por último, he de advertir que, en los casos de mala praxis, esta Sala tiene dicho que la mora se produce desde el acto médico desencadenante del perjuicio. Ello por cuanto las consecuencias dañosas sufridas por el paciente se produjeron en forma simultánea y carece de sentido intimar al médico para constituirlo en mora. Es que aun frente a la hipótesis de responsabilidad contractual, tratándose de una obligación incumplida en forma definitiva no es menester la previa constitución en mora (CNCiv. Sala E, López c. Hospital Británico de Buenos Aires, el Dial AE1AB; CNCiv. Sala D, dic. 11-2009, Expediente 117706/=4) (Esta Sala Cardozo, Eduardo Javiera. Omit y otros s/Daños y perjuicios. Resp. Médicos y Aux. Expediente 112.957/2007, de mayo 2012). Por los fundamentos vertidos, se confirma el decisorio de grado en cuanto aplica la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina desde la mora -en el caso, el 7/12/2000- y hasta el efectivo pago. IX.- Costas. De acuerdo al art. 68 del Código Procesal, corresponde que las costas se impongan conforme el principio objetivo de la derrota. En este sentido, la noción de vencido a los efectos del pago de las costas, debe ser determinado con una visión global del juicio y con independencia de la proporción en que prosperen las pretensiones articuladas. La condena en costas no reviste el carácter de ?pena? que le asignaban las leyes de Partidas, sino el de una ?indemnización? debida a quien injustamente se vio obligado a efectuar erogaciones judiciales, o sea, los gastos que al obligarlo a litigar le ha ocasionado su oponente, con prescindencia de la buena o mala fe de éste y de su poca o mucha razón, pues para la teoría objetiva de la derrota la conducta de las partes o el aspecto subjetivo no interesa. Se sigue así el pensamiento chiovendano al consagrar la teoría objetiva de la condena en costas, atendiéndose al resultado del proceso con algunas atenuaciones. Se imponen, por lo tanto, al vencido en el pleito o en la incidencia, atribuyendo a las mismas el carácter de una indemnización para resarcir las expensas que han debido realizarse a fin de conseguir el reconocimiento de un derecho o de su pretensión jurídica. No debe, por lo tanto, sufrir una disminución patrimonial quien lo reclama, debiendo ser soportadas por el vencido (Chiovenda, La condena en costas, Madrid, 1928, p. 232). En virtud de ello, no cabe a mi criterio más que confirmar en este aspecto el decisorio recurrido, desestimándose los agravios vertidos. En función de lo expuesto y si mi voto es compartido, propongo al Acuerdo: 1) Confirmar la sentencia apelada en todo cuanto decide, manda y fuera motivo de agravios y, 2) Imponer las costas de Alzada a los codemandados y citada en garantía vencidos (art. 68 Cód. Procesal). El Dr. Ameal por las consideraciones y razones aducidas por el Dr. Álvarez, vota en igual sentido a la cuestión propuesta.- La Dra. Silvia Patricia Bermejo, dijo: I- Adhiero al voto del distinguido colega que abre este acuerdo por los fundamentos allí expuestos. II- Sin embargo, se impone que efectúe una aclaración en cuanto a la tasa de interés que se postula. Con anterioridad al presente, como Juez de Cámara Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, he sostenido que la tasa de interés aplicable era la pasiva más

alta fijada por el Banco de esa Provincia en sus depósitos a 30 días (C119176, sent. del 15-VI-2016, entre muchas), en línea con lo decidido por la Suprema Corte de Justicia, también de esa jurisdicción. Como es sabido, la doctrina legal de los precedentes de ese Superior Tribunal es obligatoria para los jueces de ese ámbito (confr. arts. 161, inc. 3º ?a? de la Constitución Provincial), por lo que en respeto a ello he resuelto en ese sentido. En tanto, la posición que expone el primer voto es la que surge del plenario ?Samudio de Martínez, Ladislaa c/ Transportes Doscientos Setenta SA s/ daños y perjuicios?, sin perjuicio de otras consideraciones, se impone como criterio obligatorio (art. 303, CPCCN, texto ley 27.500). En definitiva, además de compartir los fundamentos expuestos por la mayoría, acorde dispone el actual art. 303 (conf. texto ley 27.500) modifíco mi postura previa y me sumo a la motivación desarrollada.- Buenos Aires, de Abril de 2019.- Y visto lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo transcripto precedentemente, por unanimidad de votos el Tribunal decide: 1) Confirmar la sentencia apelada en todo cuanto decide, manda y fuera motivo de agravios y, 2) Imponer las costas de Alzada a los codemandados y citada en garantía vencidos (art. 68 Cód. Procesal). Difiérase la regulación de honorarios de Alzada para su oportunidad. Regístrese de conformidad con lo establecido con el art. 1º de la ley 26.856, art. 1 de su Decreto Reglamentario 894/2013 y arts. 1, 2 y Anexo de la Acordada 24/13 de la CSJN. La difusión de la presente resolución se encuentra sometida a lo dispuesto por el art. 164, segundo párrafo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional. En caso de su publicación, quien la efectúe, asumirá la responsabilidad por la difusión de su contenido. Notifíquese por secretaría y cumplido ello, devuélvase a la instancia de grado. OSCAR. J. AMEAL - OSVALDO ONOFRE ALVAREZ - SILVIA PATRICIA BERMEJO - JULIO M. A. RAMOS VARDÉ (SEC). 039112E